

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

ÉTUDE DE DROIT COMPARÉ

SUR LA

Capacité civile de la femme mariée

(Italie, Angleterre, Allemagne, Suisse)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le lundi 15 mars 1909, à 2 heures 1/2

PAR

JACQUES LAIR

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

Président : M. WEISS.

Suffragants : { MM. SALEILLES, } professeurs.
 { TISSIER, }

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1909



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547512_0013

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

ÉTUDE DE DROIT COMPARÉ

SUR LA

Capacité civile de la femme mariée

(Italie, Angleterre, Allemagne, Suisse)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le lundi 15 mars 1909, à 2 heures 1/2

PAR

JACQUES LAIR

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

Président : M. WEISS.

Suppléants : { MM. SALEILLES, } *professeurs*
 TISSIER, }

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1909



BIBLIOGRAPHIE

Droit français.

- Aftalion.** — La femme mariée, ses droits, ses intérêts pécuniaires. Paris, 1899.
- Aubry et Rau.** — Cours de droit civil français.
- Baudry-Lacantinerie.** — Précis de droit civil. Paris, 1907.
- Cauwès.** — De la protection des intérêts économiques de la femme mariée. Paris, 1894.
- Gide.** — Etude sur la condition privée de la femme. Paris, 1867.
- Laurent.** — Avant-projet de révision du Code civil belge.
- Leduc.** — La femme et les projets de lois relatifs à l'extension de sa capacité. Thèse, Paris, 1898.
- Lefebvre.** — Cours de doctorat sur l'histoire du droit matrimonial français. Paris, 1906.
- Lerolle.** — La capacité de la femme mariée. Thèse, Paris, 1898.
- Lyon-Caen et Renault.** — Précis de droit commercial. Paris, 1907.
- Piteux.** — De la défense pour les époux de se constituer arbitrairement des propres pendant la communauté. Thèse, Paris, 1908.
- Planiol.** — Traité élémentaire de droit civil. Paris, 1907.
- Saieilles.** — L'initiative de la femme dans le domaine du droit. Paris, 1901.

Droit italien.

- Boissonnade.** — Le nouveau Code civil italien comparé au Code Napoléon. Paris, 1866.
- Gide.** — De la législation civile dans le nouveau Royaume d'Italie. Paris, 1866.
- Huc et Orsier.** — Le Code civil italien et le Code Napoléon. Paris, 1868.
- Turrel** — Le Code de commerce italien. Paris, 1883.

Droit anglais.

Bertheau. — De la capacité de la femme mariée anglaise. Thèse, Paris, 1902.

Chéron. — La femme mariée anglaise en Angleterre et en France. Thèse, Paris, 1906.

Lehr. — *Éléments de droit civil anglais.* Paris, 1906.

Droit allemand.

Code civil allemand, traduit et annoté par les soins du comité de législation étrangère au ministère de la justice. Paris, 1904-1906.

Grasserie (de la). — Le Code civil allemand. Paris, 1897.

Lyon-Caen (L.). — La femme mariée allemande. Paris, 1903.

Saleilles. — Introduction à l'étude du droit civil allemand. Paris, 1904.

Droit suisse.

Code civil suisse. Genève, 1907.

Exposé des motifs de l'avant-projet de Code civil suisse du département fédéral de justice et de police. Berne, 1901.

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet du Code civil suisse. Berne, 1904.

Revue. — Documents.

— *Bulletin de la Société d'études législatives :*

Rapport de M. Tissier sur les modifications à apporter aux droits et pouvoirs de la femme, t. I, 1901-1902, p. 26 à 37 et 65 à 69.

Rapport présenté par M. Thaller sur la question de la révision du Code civil, t. II, 1903, p. 486 à 488.

— *Annuaire de législation française publié par la Société de législation comparée :*

Notes de M. L. Lyon-Caen sur la loi du 13 juillet 1907, p. 180 à 205.

— *Annuaire de législation étrangère publié par la Société de droit comparé.*

— *Bulletin de la Société de législation de droit comparé.*

Documents parlementaires.

Pandectes françaises.

ÉTUDE DE DROIT COMPARÉ

SUR LA

Capacité civile de la Femme mariée

(ITALIE, ANGLETERRE, ALLEMAGNE, SUISSE)

PRÉFACE

Le but de cette étude est de suivre l'évolution qui se dessine dans notre droit, pour l'extension de la capacité civile de la femme mariée. Rares et lentes à se faire jour, les dispositions législatives qui sont venues successivement élargir la théorie du Code civil sur ce sujet, ne furent que des mesures timides et restreintes ; seule la loi du 13 juillet 1907, relative au libre salaire de la femme mariée et à la contribution des époux aux charges du ménage, semble contenir les germes de réformes plus radicales. Pour dégager une vision plus nette de leurs conséquences et pressentir les progrès éventuels de notre législation, nous aurons recours à l'étude assez détaillée de quelques lois étrangères qui, par leur avance marquée sur le droit matrimonial français, nous offrent d'intéressants

modèles en même temps qu'elles nous incitent aux réformes.

Mais, ne pouvant passer en revue, par crainte de ne pas les approfondir suffisamment dans les cadres de ce travail, toutes celles qui seraient importantes et utiles à comparer avec l'œuvre de notre législateur, nous en avons limité le choix par des raisons de méthode et des motifs pratiques tout à la fois. C'est ainsi qu'au point de vue abstrait, il faut mettre en cause les systèmes juridiques qui consacrent une solution absolument contraire à l'incapacité générale de la femme mariée dans notre Code civil, et ceux qui se sont bornés à un juste milieu entre son entière liberté et la tutelle maritale. Or, parmi les Etats qui ont adopté ces différentes manières de voir, n'en est-il pas dont l'influence est particulièrement destinée à se faire sentir pour des raisons de voisinage, de relations internationales, ou de plus ou moins grande ressemblance de mœurs avec la France ?

Et voici la solution que nous croyons devoir donner sur ces divers points. Le Code italien de 1865 offre un moyen terme entre les règles restrictives de notre loi et la capacité complète reconnue aux femmes mariées anglaises, allemandes et suisses. Italie, Angleterre, Allemagne, Suisse, tels sont les pays les plus proches de nous, et dont les progrès de droit civil intéressent spécialement l'opinion publique et les jurisconsultes français.

Ainsi délimité dans nos recherches, nous risquerons moins de nous égarer, et de compliquer par trop un sujet qui, sortant de ses modestes limites, accuserait plus notablement notre inexpérience.



L'extension de la capacité civile de la femme mariée est à un double point de vue, en France, une importante détermination.

En premier lieu, sous son aspect moral, la situation de l'épouse dans notre Code civil est la conséquence de son devoir général d'obéissance, la sanction de l'autorité du mari ; c'est aussi, quoique d'une façon plus relative, une mesure de protection en sa faveur. Aux idées de puissance maritale ou de plus ou moins grande égalité de droits et de devoirs entre époux, se rattachent intimement les questions du fondement et de l'étendue de l'incapacité féminine, questions complexes, la famille, la société étant intéressées à leur solution où entrent en jeu des éléments de race, de mœurs et de traditions.

D'autre part, sur le terrain économique, les tiers sont souvent lésés par le fait de l'incapacité des femmes mariées avec qui ils ont traité. Les engagements de celles-ci sont fragiles et leur exécution aléatoire. Ne faudrait-il pas donner législativement une plus grande stabilité aux conventions de ce genre, s'inspirer des mesures libérales des Etats voisins que nous avons mis en cause ? C'est alors qu'interviennent les notions juridiques du sort des actes de la femme et du recours des tiers. Ce sont encore, dans le même ordre d'idées, les garanties accordées par la loi à la femme mariée qui, compléments nécessaires du système de l'incapacité, viennent entraver la liberté des tran-

sactions. Hypothèques légales, droits de préférence, autant d'exceptions au cours normal de la circulation des biens.

Il n'y a guère que la loi de 1893 restituant à la femme séparée de corps le libre exercice de ses droits civils, et la loi de 1907 relative aux gains et salaires de la femme mariée, qui aient pratiqué des brèches sérieuses dans la théorie quasi-dogmatique de l'incapacité. Mais ces lois, malgré leurs larges conséquences, ne visent que des situations exceptionnelles. C'est pourquoi nous voudrions essayer de dégager dans les législations choisies, les principes directeurs qui les ont guidées dans leur conception des effets généraux du mariage. Il existe différentes façons d'envisager les réformes, et l'Italie, l'Angleterre, comme l'Allemagne ou la Suisse ont à nous donner de bons exemples et à nous indiquer de grands progrès. Ce n'est pas qu'il s'agisse de bouleverser notre Code civil en lui substituant les dispositions par trop hardies que préconisent certains partis plus ou moins disciplinés de l'opinion publique, mais il nous semble nécessaire de le modifier assez profondément, en montrant dans cette tâche un libéralisme plutôt radical. Il faut s'en prendre au système lui-même et non point se contenter de mesures exceptionnelles ou de retouches de détail.

Voici maintenant le plan que nous nous proposons de suivre. Dans un premier chapitre il sera traité suivant sa loi nationale de la « situation de la femme dans le mariage », afin de déterminer le rapport qui existe entre le fonde

ment et l'étendue, soit de l'incapacité qu'elle doit subir, soit de la liberté civile qui lui est reconnue par la loi. Le second chapitre comportera l'examen détaillé des conséquences de ce rapport, à l'égard des facultés que peuvent civilement exercer les femmes mariées ; il faudra y joindre la théorie des « biens réservés » et la situation spéciale qui concerne la femme commerçante.

La seconde partie de notre travail comprendra l'étude de la « responsabilité contractuelle de la femme mariée » et quelques vues d'ensemble sur la publicité des contrats de mariage, et autres actes relatifs aux rapports entre époux, intéressant les tiers. Viendront ensuite les protections légales qui sont établies en faveur de l'épouse pour la garantir contre les pouvoirs de droit commun ou conventionnels du mari sur son patrimoine. Ce seront là les matières des troisième et quatrième chapitres.

Nos conclusions porteront alors sur les deux grands points de vue que nous avons posés dans cette préface. Nous exposerons notre conception des rôles respectifs du mari et de l'épouse dans le mariage, d'autre part, les mesures qui nous paraîtront les plus favorables à la liberté des conventions comme à la libre circulation des biens. Entre le système d'incapacité, la liberté de la femme mariée, ou le juste milieu à observer, nous aurons les éléments et les arguments suffisants pour établir et justifier notre choix.

CHAPITRE PREMIER

DE LA SITUATION DE LA FEMME DANS LE MARIAGE.

Relativement à notre sujet, l'effet le plus important du mariage est sans contredit le pouvoir d'autorité que la loi reconnaît au mari sur la personne de sa compagne, car de là résulte la situation juridique de l'épouse au point de vue civil.

Aussi, est-ce l'objet de ce chapitre, d'examiner comment les différentes législations choisies ont conçu les rapports des époux et délimité la prépondérance du mari.

Les auteurs du Code Napoléon en mettant la femme dans une grande dépendance vis-à-vis de son conjoint, ont strictement consacré les effets de la « puissance maritale » qu'ils croyaient un principe de droit naturel, et par cela même indiscutable. Ce sentiment était du reste généralement partagé à cette époque, et le mariage aux yeux de tous entraînait cette conséquence aussi normale que nécessaire. Mais si, en France, notre législation civile n'a pas encore varié sur cette question fondamentale de la puissance maritale, les lois étrangères que nous devons étudier se sont éloignées de cette conception jadis commune, prouvant ainsi péremptoirement toute sa relativité.

L'article 213 du Code civil établit nettement la règle

que « le mari doit protection à sa femme, la femme doit obéissance à son mari ». C'est là une disposition générale, impérative, qui domine toute la matière du mariage. Une pareille obligation d'obéissance de la part de l'épouse comporte naturellement une incapacité très étendue : car tout acte qui n'aura pas été autorisé par son mari sera une atteinte à la suprématie morale et légale tout à la fois de celui-ci, et se trouvera vicié dans son essence même.

C'était la doctrine de notre ancien droit, mais non dans ses primitives conceptions, ainsi que nous aurons l'occasion de le voir par la suite. Quand Portalis, lors de la confection du Code civil, expliqua le rôle du mari par des raisons de droit naturel, il ne fit que reprendre la théorie de Pothier, avec une précision et une force qui montre bien quelle grande communion d'idées liait, sur ce sujet, les jurisconsultes de l'ancien régime et ceux de la nouvelle Ecole.

Non seulement notre Code a gardé le principe traditionnel qui inspira notre droit matrimonial, mais il a encore conservé dans ses textes l'expression propre qui le qualifie, puisque l'article 1388, qui sanctionne et complète l'article que nous venons de citer, porte que : « *Les époux ne peuvent déroger aux droits résultant de la « puissance maritale » sur la personne de la femme* ». S'il est vrai que les régimes matrimoniaux influent sensiblement sur la situation de celle-ci, ils ne pourront entamer sérieusement les limites de son incapacité, car ils se heurteront aux dispositions d'ordre public de l'article 1388. Toutes clauses,

toutes conventions matrimoniales qui tendraient à faire échec, tant soit peu, à l'autorité du chef de famille, sont entachées d'une nullité radicale. Il faut voir une autre application des principes dégagés en ce que le régime matrimonial de droit commun est la communauté : ce système consacrant tout particulièrement la subordination de la femme devant son conjoint omnipotent.

Les Etats italiens, après les conquêtes de l'Empire, avaient été soumis au Code Napoléon ; par la suite, délivrés du jong français, ils le conservèrent ou s'en inspirèrent plus ou moins, si bien que l'on peut dire que ce furent ses dispositions qui ont subsisté d'une façon générale en Italie jusqu'à la confection du Code national de 1865. Il est remarquable de constater les réformes libérales que le nouveau monument législatif consacre sur l'état de choses antérieur. Dans le Code italien on ne relève nulle part un principe général d'obéissance, une règle formelle imposée à la femme. L'article 131 porte que : « *le mari est le chef de la famille, la femme suit sa condition civile, elle en prend le nom, elle est obligée de le suivre partout où il croit opportun de fixer sa résidence* ». Mais entre cette disposition qui traite d'une situation de fait toute naturelle, et notre puissance maritale, il y a une grande différence. Le mari étant chef de la famille, la femme en contractant mariage soumet donc sa personne à certaines obligations d'obéissance, mais celles-ci ne comportent pas, comme dans notre droit, une tutelle générale rigoureuse et formaliste de la part du chef de famille.

Et voici encore le rapport de cause à effet : L'Italienne est capable, mais d'une façon restreinte parce qu'elle doit supporter les nécessités de la direction de son conjoint dans l'union conjugale. De graves et assez nombreuses dérogations, il est vrai, sont apportées à cette liberté de principe par le Code de 1865 (1) ; elles n'en sont pas moins limitativement énumérées, ce qui nous permet de poser *a contrario* la règle que nous venons d'émettre. Dans notre Code civil cette manière de voir est toute inverse : l'épouse française est vouée à une incapacité générale qui ne souffre que de rares exceptions.

Une grande liberté est laissée aux époux italiens pour le règlement de leurs conventions matrimoniales au sujet des rapports qu'ils entendent respectivement garder au cours du mariage (2). C'est ainsi que rien n'empêche les atteintes conventionnelles au pouvoir du mari d'autoriser la femme pour certains actes graves de la vie civile, pour lesquels son habilitation est requise par la loi. Cependant cette abdication du chef de famille de tout ou partie de son autorité est précaire, le Code ne l'a admise que comme une simple tolérance, il appartient toujours à celui-ci de

(1) Art. 134, Code civil italien.

(2) Cependant l'article 1433, alinéa 1^{er} du Code civil italien ne permet pas aux époux d'adopter une communauté universelle comprenant autre chose que des acquêts, et l'article 1435 décide que : « Ne peuvent être compris dans la communauté ni l'actif ni le passif présents, ni ce qui leur serait dévolu par succession ou par donation pendant la communauté, mais la jouissance des biens, tant meubles qu'immeubles, présents et futurs, des époux, tombe dans la communauté. »

la révoquer (1). Elle ne vaut que comme promesse morale, c'est une obligation purement naturelle. Nous ne pouvons que constater combien en général de semblables clauses doivent être aléatoires.

Il n'y a point en Italie de régime matrimonial de droit commun, la loi n'en parle pas. La convention des parties adoptant le plus souvent le régime dotal traditionnel, il en est longuement traité dans le Code, et l'art. 1425 déclarant paraphernaux tous les biens de la femme non constitués en dot, détermine de fait pour les conjoints qui n'ont pas de contrat ou dont le contrat n'est pas valable, la séparation de biens. Le droit commun est donc sur ce point très favorable à la liberté de la femme.

Pendant une trentaine d'années environ après la promulgation du Code italien, on vit l'Angleterre élargir de plus en plus la capacité de la femme mariée jusqu'à l'émanciper complètement. L'Allemagne, quelque temps après, réalisait dans son Code unitaire le même progrès quoique plus modéré ; puis ce fut la Suisse qui, s'inspirant de celle-ci, accomplissait à son tour de larges réformes, et ces Etats accusèrent nettement par leur contraste la stagnation de notre Code de 1804. Ces trois législations, dans les effets civils du mariage, mettent en règle générale la femme en égalité du droits et de devoirs vis-à-vis du mari. Nous allons étudier ce qu'il reste dans leurs dispositions de la prépondérance maritale.

(1) Art. 134, al. 2, Code civil italien.

Nous ne retrouvons pas dans les différents pays allemands soumis avant le Code civil de 1900, à un droit autonome, une application commune d'un système d'incapacité de la femme mariée aussi absolu que celui qui caractérise notre loi civile. Sans doute les législations allemandes étaient plus ou moins libérales suivant leur inspiration : vieilles coutumes germaniques traditionnelles, infiltrations locales des lois romaines, voisinage du Code Napoléon, autant de causes qui influèrent sur leurs divergences. Mais à côté des idées de tutelle maritale, d'assimilation de la femme à un mineur, il y avait un régime systématisé dans le Code saxon et le Landrecht prussien : le *Güterinheit*, l'union des biens sans communauté, qui se présentait comme le système national de l'Allemagne. Modifié, perfectionné, il va devenir le régime légal du nouveau Code. Quelques lois d'Empire avaient aussi réalisé des réformes assez importantes pour l'extension de la capacité de la femme mariée (1), si bien qu'en 1900, malgré ses innovations libérales et très hardies, le nouveau droit ne parut pas accomplir un véritable bouleversement dans les conceptions juridiques allemandes. Il se présenta

(1) Citons pour mémoire : le Code de 1861 reconnaissant à la femme mariée pleine capacité pour tous les actes relatifs à son commerce lorsqu'elle a été valablement autorisée par son conjoint à l'exercer ; la loi du 21 juin 1869 relative à la femme mariée qui se livre à un métier ou à une profession indépendante de l'activité du mari ; une autre loi du 1^{er} mars 1889 sur les sociétés coopératives donnant à la femme mariée, chose assez remarquable, une entière liberté civile pour les engagements qu'elle contracte en tant que membre de ces sociétés et comme corollaire la faculté d'ester en justice à leur sujet.

plutôt comme étant le terme avancé d'une lente évolution finalement brusquée par la poussée de l'opinion publique.

Sous l'empire du Code actuel, le mariage en Allemagne ne change rien à la capacité de la femme : tel est le droit commun. Toutefois le choix d'un régime matrimonial comporte des conséquences qu'elle devra subir. Or une liberté considérable est laissée aux époux pour le règlement de leurs conventions à ce sujet, lors du mariage comme après la célébration de celui-ci : l'immutabilité de nos contrats est étrangère au droit allemand. Quel que soit le régime adopté, il ne pourra même pas porter atteinte à cette capacité de fond reconnue à la femme, il ne fera que déterminer en faveur du mari une étendue plus ou moins variable de pouvoirs. Si elle en supporte les effets, si par exemple sa liberté de disposition est restreinte, elle n'en gardera pas moins, à part cela, une liberté générale de contracter et de s'obliger.

D'autre part, du fait du mariage découlent certaines nécessités : c'est ainsi que sa nationalité sera sacrifiée lorsqu'étrangère elle épousera un Allemand. Elle devra encore prendre son nom, sa condition civile. D'autres encore sont prévues dans le but d'assurer le bon fonctionnement de l'association conjugale, et sa direction. Mais sur ce dernier point l'Allemagne s'est montrée beaucoup plus libérale que l'Italie relativement à la façon de comprendre dans quelles limites on devait apporter des exceptions à la liberté de la femme. Alors que le Code italien n'a pas craint de prendre de larges mesures en faveur de l'auto-

rité maritale, le droit allemand actuel s'est au contraire efforcé de réduire le plus possible les cas où l'épouse doit s'effacer devant les effets de la prédominance de son conjoint. L'article 1354 s'exprime ainsi : « *Au mari appartient la décision dans toutes les affaires concernant la vie commune conjugale ; spécialement il détermine le lieu et le local d'habitation, la femme n'est pas tenue de donner suite à la décision du mari, si cette décision se présente comme un abus du droit.* » Comme cet article reconnaît le droit de décider à l'un des époux, il peut sembler au premier abord, que l'égalité de droits et de devoirs est entre eux chimérique ; il n'en est pourtant pas ainsi. Le mari, en effet, doit jouir d'une certaine autorité naturelle ; voici pourquoi il se trouve investi du pouvoir de décision : il importait pour la bonne harmonie du ménage, qu'il lui fût attribué. Comment sans cela obtenir la solution de tout dissentiment, de toute discussion ? Du reste la femme ne peut protester contre un pouvoir aussi logique, aussi naturel que celui-là, ne garde-t-elle pas intacte son indépendance personnelle, puisqu'il ne s'applique qu'aux affaires du ménage considérées en elles-mêmes, aux seules *affaires concernant la vie commune conjugale* ? L'article 1354 du reste, soucieux de la portée d'une semblable disposition, vient immédiatement lui permettre de résister aux arrêts d'un mari injuste ou capricieux, lorsqu'il outrepassa son rôle et agit inopportunément ou sans modération. C'est la théorie de l'abus de droit, conception pleine d'équité, extrêmement favorable à la liberté de la femme mariée.

Cette théorie est excessivement souple, elle se plie à toutes les situations de fait, à la relativité des circonstances : c'est une affaire d'appréciation purement jurisprudentielle. Elle permet toujours à l'intéressée un recours facile et sans formalisme à une juridiction familiale (1).

Outre cette protection contre les pouvoirs de mari, le rôle que doit jouer l'épouse dans l'union conjugale a été déterminé par la loi. Le Code lui donne mandat, c'est ici un droit et une obligation pour elle, de diriger l'intérieur commun. Elle n'exercera bien une telle direction que, si dans la sphère de son activité domestique, elle jouit d'une grande liberté d'action et qu'elle puisse même prendre soin des affaires de son conjoint et le représenter au besoin. Ces hypothèses et leurs conséquences sont prévues dans le mandat légal (2). C'est ainsi que le nouveau droit a compris et rendu, conforme à l'élargissement des mœurs, l'antique *Schüsselgewalt*, le pouvoir des clés de la vieille coutume germanique. Il est bien entendu que les attributions ainsi conférées à la femme par la loi, peuvent être paralysées par le mari lorsqu'elle méconnaît le rôle qui lui est assigné. Le juge aura le dernier mot pour trancher les difficultés qui pourraient naître à ce sujet.

Avec cette division des activités propres des époux dans l'association conjugale, il semblerait que le régime ma-

(1) Art. 1357, Code civil allemand.

(2) La juridiction compétente pour les affaires matrimoniales de cet ordre est le tribunal de tutelle : c'est un juge du tribunal de bailliage, qui correspond comme degré à notre justice de première instance, qui fait fonctions de magistrat tutélaire.

trimonial de droit commun dût avoir le caractère séparatif. Pourtant la tradition l'a emporté: c'est la «*Güterehelichkeit*» l'union des biens sans communauté, un des systèmes les plus usités antérieurement en Allemagne, qui est devenu le régime légal. Le Code le désigne par ses principaux effets : « administration et jouissance du mari ». La femme étant soumise à la décision de celui-ci, on peut considérer, après tout, qu'il était assez naturel qu'il fût l'administrateur ordinaire de sa fortune, pour faciliter pratiquement ce même pouvoir de décision. Elle n'en conservera pas moins la propriété de ses biens et son assentiment sera nécessaire pour tous les actes graves dépassant la simple gestion.

Nous verrons plus tard que la séparation de biens peut être aussi dans certains cas exceptionnels un régime légal subsidiaire.

Le Code suisse, qui vient d'être promulgué en 1907, est donc entre toutes les législations que nous examinons, la plus récente. Il ne sera toutefois exécutoire que le 1^{er} janvier 1912, à moins que le Conseil fédéral ne décide auparavant sa mise en vigueur partielle ou totale. En matière civile les cantons auront gardé jusqu'à ce moment leur autonomie ; seul le droit des obligations, dont il existe un Code national du 14 juin 1881, s'appliquait sur tout le territoire helvétique. Remis au courant, il subsistera et complétera le nouveau Code.

Le droit matrimonial avant 1907 variait donc pour chaque canton ; cependant on pouvait constater une tendance

générale à mettre la femme mariée sous une sorte de tutelle vis-à-vis de son mari. On ne peut bien se rendre compte de la portée du Code suisse qu'en faisant ressortir les différences qu'il présente avec le droit allemand, car il est inspiré des mêmes principes directeurs. Or s'il a tiré de ceux-ci des conséquences presque identiques, la comparaison donne néanmoins le sentiment qu'il n'est pas allé si loin dans la voie des réformes que le Code de 1900.

« *Le mari est chef de l'union conjugale. Il choisit la demeure commune et pourvoit à l'entretien de la femme et des enfants.* » Tel est l'article 160 du Code civil suisse au sujet des droits et des devoirs du mari. Sa prépondérance dans l'association conjugale est donc affirmée ici avec plus de force que ne le fait la loi allemande, puisqu'elle est qualifiée abstraitement, tandis que le Code de 1900 ne reconnaît simplement au mari que l'exercice de certains pouvoirs. Est-ce simplement une question de mots, ou bien la loi helvétique a-t-elle voulu marquer plus nettement les attributions du mari ? Ceci a son importance pour les appréciations morales d'une jurisprudence à laquelle est laissée une large initiative.

L'article 161 s'occupe immédiatement après des droits et des devoirs de l'épouse : « *La femme porte le nom et acquiert le droit de cité de son mari. Elle lui doit dans la mesure de ses forces, aide et conseil en vue de la prospérité commune. Elle dirige le ménage.* » Ainsi la femme a un chef indiscutable en son conjoint, soit, mais elle est en même temps une associée, et la loi rappelle au mari qu'il

lui faut s'éclairer de ses avis pour les intérêts communs de l'association conjugale. Elle tient à déterminer avec précision le caractère de l'autorité morale du chef de famille, en lui recommandant respect pour les idées et les sentiments de sa compagne, confiance dans son rôle qui est la direction du ménage. Sur ce dernier point, nous allons trouver une disposition semblable au mandat légal du droit allemand. La femme doit représenter l'union conjugale relativement aux intérêts domestiques. Elle ne peut être déchuë de ce droit que si elle en abuse en faisant preuve d'incurie, de négligence ou de maladresse ; elle pourra s'adresser au juge contre un arrêt injuste de son mari.

Une remarque importante est à faire relativement au mandat légal dont nous venons de parler. En droit allemand et sous l'empire du Code suisse, la femme doit s'occuper de la direction du ménage et le mari est tenu de supporter les conséquences normales de cet état de choses. Dans ces deux législations, nous nous trouvons devant un des éléments organiques du mariage, que la loi détermine avec soin et sanctionne de même. En France, en Italie, en Angleterre, elle est muette sur ce point, si bien que la jurisprudence a dû recourir à une construction artificielle afin de reconnaître cette situation de fait : c'est la théorie doctrinale du mandat tacite. Mais ce dernier est précaire dans son existence et indéterminé dans son étendue. Ceci est important au point de vue de la conception du mariage et par suite de la capacité de la femme.

L'intervention du juge tient une grande place dans la législation helvétique pour les affaires matrimoniales, en ce sens que le Code prévoit de nombreux cas, où l'épouse peut utilement avoir recours à l'autorité tutélaire. Veut-elle exercer une profession ou un métier contre la volonté du mari ? Il lui suffira de prouver que les intérêts du ménage n'en souffriront point (1). Elle pourra aussi obtenir de vivre hors la demeure commune que le chef de famille lui a imposée lorsque sa réputation, sa santé ou la prospérité de ses affaires l'exigeront ; des subsides pourront même lui être alloués (2). En somme tout cela constitue des applications de la théorie allemande de l'abus de droit. L'autorité tutélaire est chargée de s'immiscer en médiatrice dans les affaires privées d'un ménage à la demande de l'un des époux lorsque l'autre néglige ses devoirs ou « expose son conjoint à péril, honte ou dommage (3) ». Le juge peut même, ceci est une grave innovation du Code suisse, prescrire aux débiteurs des époux, quel que soit leur régime matrimonial, d'opérer tout ou partie de leurs paiements entre les mains de la femme, quand son rôle de conciliateur n'ayant point réussi, il croit opportun de prendre une pareille mesure (4).

La femme mariée suisse garde donc toute sa capacité, il lui faut néanmoins respecter les nécessités du mariage et

(1) Art. 167, C. civ. suisse.

(2) Art. 170, *ibid.*

(3) Art. 169, *ibid.*

(4) Art. 171, *ibid.*

supporter le régime matrimonial volontairement consenti. Malgré la grande ressemblance qui existe entre son sort et celui de l'épouse allemande, nous indiquerons dès maintenant qu'elle est moins bien traitée que cette dernière, réservant une opinion plus ferme sur cette question. Elle ne jouit pas en effet d'une aussi grande liberté dans le règlement de ses conventions matrimoniales, et le régime de droit commun, semblable dans les deux pays voisins, est peut-être aggravé ici en faveur du mari.

Si nous nous occupons en dernier lieu de la législation anglaise, qui pourtant fut la première qui ait émancipé les femmes mariées et que, nous aurions dû, pour cette raison chronologique, examiner avant l'Allemagne et la Suisse, c'est à cause des caractères tout particuliers qu'elle présente.

Alors que toutes les lois étrangères que nous venons de voir procèdent comme la nôtre d'une conception romaine de la science juridique, elles consacrent en effet un droit doctrinal, méthodique et codifié, le droit anglais au contraire est empirique, d'une nature pratique, essentiellement jurisprudentiel, non embarrassé de prévisions et d'hypothèses. C'est pourquoi nous lui avons fait une place à part afin de souligner les oppositions qu'il nous montre avec ce que nous avons étudié jusqu'ici.

C'est encore pour ces raisons qu'il va nous falloir suivre dans ses grandes lignes l'évolution juridique de l'Angleterre, alors que nous ne nous sommes pas attardés sur les précédents des autres législations. Il est en effet nécessaire

de grouper les dernières mesures législatives qui intéressent notre sujet afin de les présenter solidairement pour qu'elles se complètent les unes les autres. Disons de suite que ce fut relativement dans un petit nombre d'années, que la Grande-Bretagne transforma le système extrême du droit commun en un autre non moins absolu.

Depuis les origines de la *common law* britannique, le sentiment de la prédominance du mari était poussé à un tel point que la personnalité de la femme s'absorbait dans la sienne propre. Il s'en suivait des conséquences étranges. Parmi celles-ci il est un exemple devenu classique : si une donation ou un legs était fait à deux conjoints et à un tiers, en supposant que les trois appelés aient respectivement les mêmes droits à faire valoir, les époux ne pouvaient recueillir qu'une moitié. Effectivement, le raisonnement strict conduisait à cette anomalie : le mari et la femme ne font qu'une personne, cette dernière n'aura donc droit vis-à-vis de celle du tiers à ne prendre qu'une moitié. Avec cette étrange absorption de personnalité, les abus sur la personne et sur les biens de l'épouse anglaise étaient très fréquents et sa situation plus désavantageuse encore que celle de la Française sous notre Code civil. Cependant cet état de choses dura fort longtemps. Comme progrès on ne peut guère constater qu'un adoucissement des mœurs surtout notable au commencement du xix^e siècle.

Il faut aussi noter les efforts continus des Cours de Chancellerie pour corriger en pratique les règles du droit cou-

tumier. Ces assemblés de justice formaient une « doctrine d'équité », analogue au droit prétorien de Rome ; par leurs détours ingénieux, leur juridiction adroite, elles parvenaient dans certains cas assez nombreux à améliorer la situation des femmes mariées et à paralyser les mesures tyranniques que permettait le droit commun. Ce sont les Cours de Chancellerie qui ont préparé les progrès de droit positif anglais dans notre matière.

Les premières dispositions législatives qui se rapportent à notre sujet sont contenues dans le « Divorce Act » de 1857. Elles ne traitent du reste incidemment que d'un cas assez exceptionnel : désormais la femme abandonnée par son mari aura capacité de posséder en propre des biens qu'elle aura acquis à titre gratuit ou onéreux ; il lui suffira pour cela d'obtenir une ordonnance du juge. Ce fut ensuite la loi du 9 août 1870 qui, tout en respectant le principe séculaire d'incapacité générale, lui donna une situation plus favorable en lui reconnaissant des biens séparés, c'est-à-dire des biens qu'elle pourra acquérir en toute propriété, au sujet desquels elle pourra contracter et ester librement en justice. Son patrimoine séparé comprenait une certaine partie de sa fortune et notamment ses gains et salaires.

La loi du 18 août 1882 fut enfin votée, c'était l'émancipation de la femme, la chute de toutes les barrières qui s'élevaient contre sa liberté d'action ; tous ses biens dorénavant devenaient biens séparés et constituaient par conséquent des propres. Une loi de 1893 vint encore préciser

la loi de 1882 en empêchant des interprétations restrictives, contraires à l'esprit large qui l'avait inspirée. Un régime de séparation de biens s'appliquera donc aux époux qui n'ont pas fait de contrat de mariage. C'était l'affirmation et la découverte de la responsabilité de la femme.

Comment se présente actuellement en Angleterre cette égalité de droits et de devoirs qui semble résulter de ces dernières lois ? Nous n'avons pas ici une théorie sur les effets du mariage développée comme dans le Code allemand par exemple. Nous savons quels sont les caractères distinctifs de la législation britannique : c'est par des constatations de fait, par l'examen des permissions et des défenses qu'elle comporte, qu'il faut essayer d'édifier dans ses grandes lignes un système. Le caractère doctrinal est inconnu dans notre domaine, c'est à la jurisprudence à dégager des principes et à les développer.

Les lois de 1870, de 1882 et de 1893 organisent un patrimoine séparé auquel elles donnent les limites les plus larges non seulement en étendue, mais encore à l'égard des pouvoirs que la femme mariée y peut exercer. Auparavant, par défaut de personnalité, il lui était impossible de prétendre seule à aucun droit civil, tel était du moins le principe de la *common law*, qui souffrait quelques exceptions de fait, et dont la doctrine des cours d'équité s'efforçait d'atténuer la rigueur ; nos mesures législatives ont procédé pour l'émanciper, par voie d'exclusion de tout ce qui soutenait cette incapacité traditionnelle. La vieille conception coutumière de l'absorption de la personnalité

de la femme par son mari ne semble donc atteinte que par la répercussion directe de ces lois nouvelles, c'est-à-dire que sa sphère d'application est extrêmement restreinte. On tient trop aux vieilles règles coutumières en Angleterre pour les sacrifier totalement, aussi celle-ci subsiste-t-elle, et continue à produire des effets très réduits qui peuvent être considérés comme insignifiants à l'égard de la liberté presque absolue dont jouissent les époux l'un vis-à-vis de l'autre.

La prédilection pour les choses pratiques que professent à haut point les Anglais, va de pair avec un souci très sentimental de la tradition. On constate souvent cette tendance contradictoire dans leurs raisonnements juridiques. Ils sont passés maîtres en l'art des subtilités pour tourner une règle antique et désuète, à laquelle ils échappent tout en ayant l'air de la respecter.

Pour répondre enfin nettement à la question posée sur le caractère que revêt l'égalité de droits et de devoirs des époux, on peut dire qu'elle se résout par un équilibre général de ceux-ci. Il est cependant d'usage que le mari jouisse d'un « droit de remontrance » à l'égard des faits et gestes de son conjoint. D'autre part il y a un minimum de conséquences de l'association conjugale qui s'appliquera à la femme : c'est ainsi qu'elle acquiert la nationalité, le nom et le titre de noblesse de son mari. Remarquons qu'elle ne perdra pas sa condition sociale si noble, elle épouse un homme d'une classe inférieure ; elle a le droit de conserver ses titres. Une semblable disposition

montre bien le souci exagéré que l'on professe en Angleterre pour respecter la situation d'égalité réciproque des deux époux.

En somme la femme anglaise délivrée de l'ancienne tutelle maritale n'en supporte plus aucun vestige ; le droit de remontrance qui appartient au mari est d'essence morale, ses limites ne sont pas fixées par la loi, c'est à la jurisprudence d'en reconnaître, suivant les cas, l'étendue et la nature. On ne saurait donc en donner une définition juridique. D'une façon générale, il consiste dans la possibilité pour celui-ci de faire à sa compagne des représentations sur sa conduite, ses relations, et de lui interdire en conséquence certains actes et certaines fréquentations. Mais ce droit moral ne trouvant pas de sanction directe dans la loi, si elle n'en tient aucun compte, son conjoint se trouvera dans une fâcheuse alternative : ne pouvant faire prévaloir utilement son autorité, il lui faudra se résigner à la voir méconnue ou à rompre la vie commune par une séparation. Dans ce dernier cas, il est vrai, lorsque les torts seront réellement du côté de la femme, la justice l'en dédommagera par certains avantages pécuniaires, elle aura même la possibilité de modifier les clauses d'un contrat de mariage. Tout cela si mieux ne préfèrent les époux traiter personnellement de la rupture de leur vie en commun.

Sur tous ces points l'Angleterre est donc encore plus libérale que l'Allemagne. Sans doute ces deux législations admettent le principe directeur de l'égalité de droits et des

devoirs des époux, mais cette égalité tempérée de part et d'autre par le droit de remontrance et le pouvoir de décision est bien plus développée dans le droit britannique que dans le Code de 1900. C'est en effet le résultat des différences d'appréciation qui existent entre les deux pays au sujet de l'autorité naturelle dont doit jouir le mari.

Le pouvoir de décision a son fondement dans la loi, il y est suffisamment déterminé, parce qu'on le considère en Allemagne comme un élément indispensable du mariage. Il constitue une autorité réelle, directement sanctionnée par le Code. Il n'en est pas ainsi pour le droit de remontrance, ce dernier repose sur la loi morale, il est vague, variable, et sa sanction doit presque toujours être réalisée par un détour. La femme allemande, à moins qu'il n'y ait abus de droit de la part de son mari, sera tenue de se plier à la décision qu'il a cru devoir prendre, alors que l'épouse anglaise peut, méconnaître les remontrances de son conjoint sans que ce dernier puisse trouver dans la loi des moyens directs de contrainte.

D'après les grandes lignes de cet exposé général, nous pouvons conclure que le mari est pour la femme française un maître, un chef seulement pour l'Italienne : et nous insisterons ici sur la différence qu'il y a entre un maître et un chef. Il ne nous apparaît plus que comme le simple directeur de l'association conjugale dans la loi allemande et le Code suisse, encore que ce dernier l'ait autrement qualifié ; effectivement sous l'empire de ces deux législations la femme, en dehors de la sphère des intérêts com

muns du ménage, garde pleine et entière liberté. Enfin, les époux anglais sont des associés dont l'égalité de situation n'est simplement rompue en faveur du mari, que par quelques privilèges d'ordre purement moral.

Nous avons entrevu le lien étroit qui existe nécessairement entre la situation de la femme dans le mariage et l'étendue de sa capacité. A une conception plus ou moins absolue du rôle autoritaire du mari dans l'union conjugale correspond naturellement en raison directe, une capacité plus ou moins développée. Ce sont les effets détaillés de cette corrélation qui vont faire l'objet du chapitre suivant.

CHAPITRE II

DE LA CAPACITÉ CIVILE DE LA FEMME MARIÉE.

Après avoir étudié comparativement, en détail, l'étendue de la capacité civile de la femme mariée, nous traiterons dans un second paragraphe, de la question particulière des « biens réservés ». La situation spéciale de l'épouse commerçante donnera matière à un appendice qui complètera les vues d'ensemble que comporte ce chapitre.

§ 1. — Etendue comparative de la capacité de la femme mariée.

Le droit commun en France frappe la femme d'une incapacité générale, et s'efforce dans les dispositions du Code civil, relatives à ce sujet, d'en prévoir les rigoureuses conséquences. Cette incapacité, résultat logique de la puissance maritale et sanction du devoir d'obéissance, s'impose à toute femme mariée indépendamment même des circonstances de fait qui pourraient écarter l'exercice de cette prérogative du mari, comme la folie ou l'absence de celui-ci. Le Code de 1804 la faisait encore survivre à la séparation de corps, quoique le lien du mariage fût considérablement relâché. Il méconnaissait, par suite, gravement les principes de la liberté individuelle, surtout, lorsque le

mari s'étant rendu coupable de torts graves vis-à-vis de son conjoint, la séparation avait été prononcée contre lui. C'était donc un résultat irrémédiable du mariage, auquel seulement sa dissolution par la mort du mari venait faire échec et aussi le divorce pendant les quelques années où il fut possible, c'est-à-dire entre la promulgation du Code et la loi réactionnaire du 8 mai 1816.

Donc, sous l'empire du Code, pour tous les actes de la vie civile il faut à la femme, pour agir valablement, une autorisation.

C'est ainsi qu'elle ne pourra à moins qu'elle ne soit habilitée par qui de droit, ester en justice d'aucune façon. L'accès des tribunaux de l'ordre judiciaire, comme de l'ordre administratif, lui est interdit quel que soit le degré de la juridiction saisie, et le rôle qu'elle y veut jouer : demanderesse ou défenderesse (1). Voilà pour les actes judiciaires.

D'autre part, aux termes de l'article 217 : « *La femme même non commune ou séparée de biens ne peut donner, aliéner, hypothéquer, acquérir à titre gratuit ou onéreux sans le concours du mari dans l'acte ou son consentement par écrit.* » Cet article s'est efforcé de passer une revue suffisante et nécessaire de tous les actes extrajudiciaires les plus importants, de façon à ce que l'interprète de la loi y trouve par une déduction spontanée, une défense relative aux actes accessoires ou subsidiaires. Tout le

(1) Art. 215, C. civ.

champ de l'activité juridique au point de vue pécuniaire est donc en principe interdit à la femme : elle ne peut contracter seule ni passivement, ni activement, qu'il s'agisse de contrats ou de quasi-contrats.

La nécessité d'une autorisation a lieu dans tous les cas, c'est-à-dire que si le mari ne peut la lui donner parce qu'il est interdit, absent ou incapable de l'habiliter en raison de sa minorité, elle devra s'adresser à la justice (1). C'est encore l'autorité judiciaire intervenant pour suppléer le mari qui a encouru l'indignité à la suite d'une condamnation afflictive et infamante qui vient de le frapper.

Il faut aussi, circonstance aggravante de cet état de choses, que l'autorisation soit spéciale.

La loi le veut ainsi, elle craint toute abdication même très partielle de la puissance maritale, aussi méconnaît-elle toutes les conventions matrimoniales qui tendraient à écarter cette spécialité ; elles seraient nulles, de nullité radicale, parce que contraires à l'ordre public. La convention ici ne peut donc faire la loi entre les parties, c'est une grave dérogation au droit naturel des obligations. Aussi l'incapacité civile de la femme mariée nous semble-t-elle une sorte de déchéance civile découlant du fait du mariage et résistant à toutes les circonstances, même à celles qui se présentent comme lui étant radicalement contradictoires.

Que reste-t-il permis à la femme dans un système aussi

(1) Art. 221, 222, 224, C. civ.

rigoureux et absolu, et dont les principes directeurs sont restés saufs jusqu'à maintenant ? Quelles exceptions favorables la femme peut-elle lui opposer, et quelles brèche y ont été apportées par les progrès du droit ? C'est ce que nous allons tâcher de déterminer en considérant :

1^o Ce que le Code permet expressément ou tacitement à la femme à côté de ses prohibitions d'ordre général.

2^o Les modifications que peuvent y introduire les clauses du contrat de mariage, et l'intervention de la justice, dans certains cas.

3^o Les lois qui sont venues, après la promulgation du Code civil, en adoucir les rigueurs et améliorer le sort des femmes mariées.

1^o Le Code permet à la femme, modeste faveur ! de comparaître en justice pour répondre de ses actes devant une juridiction criminelle, correctionnelle et de simple police (1). C'est une application pure et simple du droit naturel, c'est d'autre part une sauvegarde forcée de l'ordre public : il convient que personne ne puisse échapper au châtiment encouru par son fait illicite, de même que tout accusé ait la possibilité, le cas échéant, de faire éclater son innocence. Les dommages-intérêts demandés par une action civile qui se greffe incidemment sur l'action publique mettent la femme dans la situation de défenderesse, et cela sans qu'elle puisse s'y dérober se prévalant d'un défaut d'autorisation. C'est encore du droit naturel ; elle

(1) Art. 216, C. civ.

ne doit pas échapper aux conséquences civiles de ses délits et quasi-délits. Nous ne sommes plus du reste dans un domaine purement civil.

Il aurait été cruel de pousser le respect de la puissance maritale jusqu'à refuser à l'épouse un recours auprès de la justice contre les décisions tyranniques ou injustes d'un mari qui abuserait de son pouvoir. Il est du devoir du chef de famille d'exercer de bonne foi et dans les intérêts de son conjoint sa faculté d'autorisation. S'il compromet ses affaires par son obstination à lui refuser un assentiment que les circonstances rendent légitimes, la femme s'adressera alors au juge (1). C'est à celui-ci qu'il appartiendra d'infirmer les décisions du mari ; il pourra suivant les cas lui permettre d'ester en justice ou de passer un acte. Mais nous sommes en matière d'exception ; le juge ne pourra user de tels pouvoirs qu'avec la plus grande modération.

Mais alors ce recours de la femme à l'autorité judiciaire ressemblerait à la théorie de l'abus de droit consacré par la loi allemande. Notre Code la contiendrait implicitement et le droit germanique n'aurait rien innové ? En effet, la femme française est bien protégée contre les excès du pouvoir marital ; mais cette protection est restreinte à certains cas, son recours même fondé en toute équité n'est pas toujours efficace. La grande différence qui existe entre les deux législations porte donc surtout sur leur champ d'application. Le mari français pourra prendre certaines

(1) Art. 218, 219, C. civ.

décisions arbitraires contre lesquelles le juge sera réduit à l'impuissance. Il en est ainsi pour tout ce qui concerne la manière de vivre du ménage et qui, injustement ou capricieusement de la part du mari, peut atteindre la femme dans sa personne, par exemple : le choix d'un lieu d'habitation, la volonté contraire du mari au désir de la femme de se livrer à une profession artistique ou industrielle, au commerce, alors même que le ménage n'en aurait pas à souffrir, échappent à l'appréciation judiciaire. En Allemagne les choses sont autres : l'abus de droit porte sur tous les actes du mari et permet à la femme de résister à son conjoint jusqu'à ce qu'une décision du juge de tutelle ait tranché le différend. Notre Code s'oppose encore à ce que la justice puisse habiliter la femme à transiger ou à accepter et recueillir une succession testamentaire lorsque, non autorisée, elle n'est pas séparée de biens par contrat ou judiciairement (1). Un autre avantage existant en Allemagne au profit de l'épouse qui croit avoir à se plaindre de la mauvaise volonté du chef de famille, se rapporte à l'accès facile qu'elle trouvera réservé auprès de la juridiction compétente, au caractère très nettement familial dans ces sortes de cas. Encore qu'assez simplifiée la procédure à suivre en France entraîne plus de formalités et de frais, en outre le caractère franchement familial fait défaut au tribunal appelé à statuer.

D'autre part, la femme mariée sans qu'on lui oppose

(1) Art. 1029, C. civ. et arg. tiré de l'art. 1004, C. proc. civ.

son incapacité aura une certaine latitude dans le domaine des droits personnels dépourvus de tout caractère pécuniaire. Elle pourra donner ou refuser son consentement au mariage de ses enfants, reconnaître un enfant naturel qu'elle aurait eu avant son mariage, demander le divorce, la séparation de corps. C'est encore un droit tout personnel qu'elle exerce en réglant les conditions de ses funérailles.

Dans le domaine des droits pécuniaires elle aura même quelques rares facultés. Il lui sera possible de faire des actes conservatoires au sujet de ses biens ou de ses droits acquis : par exemple inscrire son hypothèque légale et toutes les transcriptions qui pourraient être utiles ; accepter une donation faite à ses enfants (1) ; révoquer celles qu'elle peut avoir consenties à son mari (2). Elle sera encore traitée comme capable lorsque, dans un quasi-contrat, elle aura joué un rôle passif ; sa responsabilité sera mise à découvert. C'est ce qui arriverait si dans une gestion d'affaire, elle s'était trouvée par le jeu des événements maître de l'affaire. Il est sans difficulté qu'elle peut tester (3), car cet acte civil est destiné à produire des effets à un moment où, le mariage étant dissous par sa mort, la question d'incapacité est hors de propos. Enfin le droit qui lui est reconnu de demander une séparation judiciaire est une sauvegarde éventuelle de ses intérêts.

2° Les contrats de mariage ne peuvent, à proprement

(1) Art. 935, C. civ.

(2) Art. 1096, *ibid.*

(3) Art. 226, *ibid.*

parler, faire de brèches sérieuses au système prohibitif du droit commun. Ainsi, la séparation de biens contractuelle qui réserve à la femme l'administration et la jouissance de ses biens avec obligation de contribuer dans une certaine mesure aux charges du mariage, ne la libère pas de son incapacité. Donc sous l'empire de ce régime matrimonial, le plus large, elle ne jouit que d'une capacité bornée rigoureusement aux actes de pure administration. Or une bonne administration peut exiger des aliénations d'immeubles à titre de remploi ou des échanges par exemple, ou encore la faculté d'hypothéquer afin de se procurer les fonds nécessaires au relèvement de biens immobiliers. Tout ceci est interdit à la femme malgré le caractère séparatif qui régit l'association conjugale pécuniaire. On aurait pu cependant dans le régime qui nous occupe, consacrer une liberté de principe pour certains actes de large administration, c'est-à-dire pour les actes graves de la vie civile qui n'ont pas pour but d'amoindrir le patrimoine mais de l'améliorer ou de le conserver. Il y aurait eu pour le mari une faculté d'opposition. Cela aurait paru aux législateurs de 1804 une trop grave dérogation à la toute puissance maritale. Ils entendent le mot « administration » au sens strict, étroit. Que peut faire la femme (1) ? Elle pourra seule toucher ses revenus, en donner quittance, les placer, en poursuivre le recouvrement, mais que des difficultés viennent à surgir dans ce dernier cas et qu'une action en justice

(1) Art. 1449, C. civ.

s'impose, la voilà incapable de poursuivre sans autorisation ! Elle pourra donner ses immeubles à bail pour des laps de temps réduits, mais qu'elle ait à intenter la moindre petite action possessoire, elle est encore impuissante sans l'assistance de son conjoint ! Elle pourra enfin, disposition plus large, elle qui ne peut s'obliger que dans la mesure de ses droits ainsi délimités, disposer de son mobilier à titre onéreux et l'aliéner, mais voici encore que la jurisprudence, dans le silence des textes sur la portée de la loi, en restreint les effets au domaine d'administration !

La séparation de biens judiciaire accordée à la femme contre un mari qui met sa dot en péril, la place dans une situation analogue à celle que nous venons d'examiner : mêmes pouvoirs d'administration reconnus à la femme, mêmes limites à ses pouvoirs. Nous n'insisterons pas en conséquence sur ce point.

Telles sont les exceptions prévues par le Code à l'état de tutelle dans lequel elle se trouve vis-à-vis de son mari, en somme sa responsabilité n'apparaît complètement que dans les obligations délictuelles et quasi-délictuelles, parce que cela s'impose en dehors de tout raisonnement. Elle se mesure encore au profit qu'elle retire d'un acte civil où elle a été intéressée d'une façon irrégulière : Nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui. La loi la protège contre les détriments qu'elle pourrait souffrir, mais elle ne lui permet pas d'abuser de ses dispositions afin de réaliser un bénéfice injuste (1).

(1) Art. 1312, C. civ.

3° Il nous reste à voir maintenant quelles réformes ont été introduites afin de modifier la rigueur du Code à l'égard de la femme mariée.

La loi du 23 mars 1855 est la première qui ait à fixer notre attention. Elle est venue dissiper les doutes d'interprétation au sujet des droits de disposition que l'on devait permettre à la femme sur son hypothèque légale. On ne pensait pas, en général dans la doctrine et la jurisprudence, auparavant, que le Code empêchât la femme de transmettre par subrogation les bénéfices de cette garantie, quand valablement autorisée elle intercède pour autrui ou son mari. Cette opinion était tellement établie qu'il fut même question de cette subrogation dans un décret du 28 février 1852. On était toutefois d'accord pour considérer qu'elle était incapable de renoncer purement et simplement à son hypothèque légale. La loi de 1855 vint permettre expressément, outre la cession, cette renonciation pure et simple, et ses dispositions furent modifiées et complétées par une loi du 13 février 1889.

Nous croyons devoir citer ensuite pour mémoire l'article 12 du décret du 31 août 1878, réglant la condition des transportés concessionnaires de terrains dans les colonies pénitentiaires : « *La femme transportée qui est mariée, et à laquelle une concession provisoire ou définitive est accordée, est dispensée de l'autorisation maritale et de celle de la justice pour tous les actes relatifs à l'administration, à l'exploitation et à la jouissance de la concession, si le mari ne réside pas dans la colonie, mais elle ne peut ni aliéner,*

ni hypothéquer sans l'autorisation du mari, s'il réside dans la colonie, et s'il n'y réside pas, sans autorisation de justice. » Ce décret tout spécial ne présente pas un intérêt direct pour notre sujet, mais il nous permettra une critique que nous croyons plus que légitimée. Sa raison d'être est nécessitée par les circonstances concernant la situation de fait qu'il vise. Il est en effet difficile à un mari d'autoriser sa femme pour les actes relatifs à l'administration, à l'exploitation et à la jouissance d'une concession attribuée à celle-ci en vertu de sa mauvaise conduite, dans une région éloignée où il ne l'a point suivie. Dans ce dernier cas le droit commun garderait tout son empire. Aussi fallait-il, dans l'éventualité contraire, écarter la nécessité d'une autorisation, ce que réalise notre décret. C'est fort bien, abstraction faite des lois qui régissent le commun des Français. Car supposons une femme irréprochable de conduite qui se trouve amenée à s'occuper seule des biens pouvant lui appartenir, et que le mari ne peut plus administrer par suite d'une peine entraînant une déportation : elle n'aura pas une liberté de faits et gestes aussi grande que celle dont jouit une femme condamnée. Cette dernière effectivement, sauf l'aliénation et l'hypothèque, aura de larges pouvoirs quant à l'administration, la jouissance et l'exploitation de sa concession, et en somme un champ assez large d'activité civile. Semblable raisonnement peut être encore fait si le mari est en état d'absence.

On assiste donc à cette chose étrange que des femmes coupables et viles jouissent de privilèges dont sont privées

des femmes parfaitement honnêtes, qui se trouvent, pour une raison inversement semblable, privées du concours du mari. Ce n'est pas la première fois que des mesures administratives violent le bon sens, pour consacrer d'aussi navrantes et honteuses anomalies.

Les pouvoirs arbitraires du chef de famille attiraient surtout l'opinion publique sur le sort, dans les ménages modestes, des salaires de la femme et des petites économies qu'elle réalisait dans l'administration du ménage. Lorsqu'elle n'était point mariée sous un régime à caractère séparatif, chose rare en somme dans les classes laborieuses, elle ne pouvait placer à la caisse d'épargne le petit pécule qu'elle se constituait ainsi. On considérait à tort ou à raison que, ç'eût été atteindre la puissance maritale que de leur laisser une telle latitude ; et il arrivait que bien souvent le mari dissipait cet argent au grand préjudice des efforts et de l'ordre de l'épouse. La loi du 9 avril 1881 permit aux femmes de se faire ouvrir des livrets de caisse d'épargne et cela sans que l'on ait à s'occuper de leur régime matrimonial. Faveur précaire ! car l'administration considéra que les dépôts étaient effectués en vertu du mandat tacite, qui leur est reconnu pour les affaires domestiques, et ne remboursa les fonds inscrits que sur le fondement de ce même mandat. Le fait pour le mari de se présenter seul à la caisse, équivalait à une révocation tacite ; on devait donc le payer personnellement, en vertu de ses pouvoirs sur les biens de sa femme. Il suffisait

encore d'une simple opposition de sa part, pour que tout retrait fût impossible à son conjoint.

La loi de 1893 vint réglementer plus sagement des droits aussi étendus. Désormais quand il voudra retirer les fonds déposés par sa femme, il devra faire une opposition que la caisse notifiera à cette dernière, dans le délai d'un mois. Pendant ce laps de temps elle pourra se pourvoir contre ladite opposition, faute de quoi, son abstention ou le rejet de ses moyens, permettront au mari de toucher.

Ces deux lois sont intéressantes parce qu'elles constituent les étapes timides de la loi du 13 juillet 1907, dont les dispositions assez radicales par rapport à l'esprit général de notre droit matrimonial, ont justement pour but la sauvegarde des salaires de la femme et des économies réalisées dans le ménage.

Dans un même ordre d'idées nous n'oublions pas la loi du 20 juillet 1886 relative à la Caisse nationale des retraites pour la vieillesse. Accessible aux femmes mariées, celles-ci, par leur prévoyance, pourront recueillir une petite rente pour leurs vieux jours. Leurs droits et leurs profits sont réciproquement semblables à ceux des maris. La question d'incapacité a donc été ici laissée de côté quant au droit de déposer et de toucher. Le régime sous lequel sont mariés les époux n'est pas non plus pris en considération.

Nous arrivons maintenant à la loi du 6 février 1893. Ce fut la date d'une réforme libérale. Avant cette époque la

séparation de corps entre époux n'entraînait, avec le domicile distinct, que la séparation de biens judiciaire. Sous ce régime comme sous les autres, l'incapacité de la femme subsistait, l'autorisation maritale était toujours nécessaire, sauf pour les actes d'administration. Encore que ce régime fut le plus libéral de tous, il n'en était pas moins gênant pour celle-ci de supporter les conséquences de son incapacité, alors que le lien du mariage était considérablement relâché. D'autre part, quand les torts se trouvaient du côté du mari, sa situation apparaissait comme bien plus intéressante encore. Il avait beau jeu pour être tracassier et négligent lorsque son conjoint sollicitait de lui une autorisation. Il fallait alors recourir à la justice, ce qui entraînait des frais, des retards et d'injustes vexations. Pour obtenir de la femme des concessions de diverses natures, il était aussi facile au mari d'user de chantage.

Il y avait une grande nécessité, pour toutes ces raisons, de reconnaître à la femme séparée de corps le libre exercice de sa capacité civile. La loi de 1893 est une loi tardive ; son bien-fondé dans un passé plus lointain n'était pas sérieusement discutable, au moins dans le cas d'une séparation prononcée en faveur de la femme. Il semble, en effet, que lorsqu'un mariage est dissous en fait, sinon en droit, que la liberté respective des deux époux s'impose naturellement.

Cette loi contient une réforme importante qui intéresse notre sujet. Il se peut qu'une femme soit éclairée par une séparation sur les pouvoirs d'un mari avec qui elle se ré-

concilie ; aussi pourra-t-elle échapper à l'incapacité plus ou moins absolue où elle se trouvait peut-être d'après son contrat de mariage, en déclarant vouloir jouir, par un acte notarié rendu public pour les tiers, du régime de la séparation de biens judiciaires. C'est le plus libéral auquel elle puisse se soumettre. Voici donc un échec au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, qui se présente comme une mesure de faveur vis-à-vis de la femme.

Avant 1893 et depuis le rétablissement du divorce en 1884, elle ne pouvait adopter que la solution d'une rupture complète, absolue, avec son conjoint, afin d'échapper aux dures conséquences de son incapacité.

Arrivés à la loi de 1907 sur les gains et salaires de la femme mariée, nous ne nous étendrons pas sur ses dispositions dont nous traiterons à propos des biens réservés. Remarquons simplement que cette loi reconnaît certains biens propres à la femme sur lesquels, dans tous les régimes matrimoniaux, elle a, outre les pouvoirs d'administration les plus larges, la faculté d'aliéner et d'ester librement en justice à leur sujet. C'est donc une exception très grave et lourde de conséquences à l'incapacité civile de la femme mariée.

Maintenant que voici rappelé dans ses grandes lignes le système de notre Code civil, quels contrastes va nous offrir la loi italienne, la moins avancée des quatre législations que nous étudions ?

Posons d'abord le principe directeur du Code de 1865 : la femme est capable, en règle générale ; le mariage n'in-

flue sur cette capacité que d'une façon restreinte aux nécessités de la direction du mari dans l'union conjugale. Or il faut que le chef de famille ait des pouvoirs assez étendus, qu'il puisse notamment statuer seul sur certains actes graves de la vie civile qui intéressent son conjoint. Il s'agit d'assurer efficacement la bonne direction du ménage commun, et c'est pourquoi l'incapacité limitée dont se trouve frappée la femme italienne n'apparaît pas comme cette déchéance de la liberté individuelle qui atteint la Française. Que les circonstances la privent du concours du mari, son individualité réapparaîtra et se manifestera utilement là, où l'épouse française sera impuissante sans l'aide de la justice.

Cependant les actes graves que l'article 134 du Code italien énumère limitativement, et pour lesquels la femme doit être autorisée de son conjoint, sont assez nombreux, et semblent presque couvrir tout le champ de l'activité juridique civile. C'est ainsi que : « *La femme ne peut donner, aliéner des immeubles, les grever d'hypothèque, contracter des emprunts, céder ou recouvrer des capitaux, se rendre caution, ni transiger ni ester en justice relativement à ces actes sans autorisation du mari.* » Voilà un article qui semble en contradiction avec ce que nous avons précédemment avancé au sujet de la capacité du principe dont jouit la femme dans le mariage, il semble en effet ne rester que peu de choses permises à celle-ci.

Ses pouvoirs, devons-nous toutefois remarquer à la simple lecture de notre disposition, ne sont pas bornés aux actes de

pure administration ; quelles facultés vont donc lui être encore possibles à côté de ceux-ci ? Nous allons le chercher en examinant en détail les termes de l'article 134.

La femme ne peut disposer à titre gratuit ou à titre onéreux de ses immeubles ; ce sont en effet des actes gros de conséquences pour lesquels on comprend aisément que l'habilitation du mari intervienne. L'hypothèque est une sorte d'aliénation, il en est de même pour tous les droits réels immobiliers et pour les baux de plus de neuf ans, tout ceci lui est donc interdit sans autorisation. Ces défenses impliquent nettement, par contre, qu'elle peut aliéner librement son mobilier corporel, elle peut très bien par exemple en faire donation, constituer un gage pour une obligation qu'elle contracte. Elle n'a pas besoin sur ce point de se préoccuper des bornes de la simple administration.

Elle ne peut se rendre caution, car c'est dangereux ; il est du reste inconvenant, dans certains cas, que la femme puisse, sans le contrôle de son conjoint, porter un intérêt équivoque à un débiteur.

Transiger, comporte des concessions réciproques de la part des contractants en cause et alors même, suivant le dicton, qu'une mauvaise transaction vaut mieux qu'un bon procès, il n'en est pas moins vrai que c'est un contrat délicat que l'on peut à la rigueur ne pas laisser à la seule initiative, aux seules lumières de la femme. Mais une prohibition absolue de transiger est une exagération de la part du Code de 1865, il eût été plus libéral de réserver

la possibilité de compromettre dans la mesure des actes de gestion qu'elle peut accomplir seule.

Nous ferons le même reproche à la défense d'emprunter, cette disposition n'est pas en harmonie avec l'esprit large qui a inspiré le législateur italien.

« La femme ne peut céder ni recouvrer des capitaux », c'est ici que l'interprétation de la loi nous semble délicate. Faut-il, nous inspirant de l'adage « *Exceptio est strictissimæ interpretationis* », limiter les effets de cette prohibition le plus possible et concevoir les solutions les plus favorables à la femme ? C'est bien ainsi que nous devons faire ; l'article 134 apporte des restrictions au principe de sa capacité, ces restrictions doivent donc être réduites à leur plus simple expression. Nous allons successivement délimiter le sens des mots : céder des capitaux, recouvrer des capitaux.

Dans le premier cas, c'est uniquement la défense faite à la femme de les aliéner à titre gratuit, à moins qu'elle ne soit autorisée. Mais rien ne s'oppose à ce qu'elle acquière seule à titre onéreux des meubles corporels et incorporels ; en échange de ce qu'elle donne elle retire un équivalent. Lorsqu'elle achète des actions ou des obligations, elle fait un placement, un acte d'administration ; elle ne cède donc point ses capitaux. Elle peut de même acquérir des immeubles, mais il faut ici une condition ; la vente doit se faire au comptant, car sans cela le vendeur jusqu'au paiement du prix a une hypothèque à faire valoir sur l'immeuble vendu ; or la femme ne peut suppor-

ter passivement une charge tacite de cette sorte qu'elle ne peut consentir expressément.

Que signifie maintenant recouvrer des capitaux ? Est-ce la défense de se mettre par sa propre autorité en possession de tous les meubles incorporels ou de tous biens immobiliers dont la femme ne fournit pas l'équivalent ? Il faut faire des distinctions. Quand la femme touche ses revenus, il ne s'agit pas d'une somme destinée à produire des intérêts, mais des fruits mêmes d'un fonds qui se conserve ; aussi était-il presque inutile de dire qu'elle n'a pas besoin de l'autorisation maritale pour donner des quittances de loyers, de fermages, pour toucher des coupons par exemple ou tous produits de créances actives. Mais elle ne pourrait pas recouvrer le montant de créances ; elle est donc ici moins libre que la femme française mariée sous un régime de séparation de biens, car cette dernière peut recevoir et poursuivre le recouvrement de capitaux mobiliers sans autorisation. Il est bien entendu qu'il faut pour cela qu'elle ne soit pas forcée de recourir à la justice.

Le fait, pour la femme, de retirer des dépôts d'argent effectués dans une banque ou dans une caisse d'épargne depuis la création de celles-ci en Italie par la loi de 1875, est-il un recouvrement de capitaux ? Pas toujours ; il y a lieu de distinguer si elle a fait des dépôts purement et simplement, ou si ce sont des sommes placées en compte courant. Dans le premier cas il s'agit d'un capital destiné à produire des intérêts, il ne pourra donc être librement retiré ; dans le second l'ouverture d'un compte étant un

acte de gestion de la part de la femme, aussi considérable sera le numéraire engagé, elle aura toute latitude pour toucher partiellement ou totalement l'argent ainsi déposé.

A moins qu'il ne s'agisse d'objets corporels mobiliers, la femme ne peut accepter et prendre possession d'une succession, d'une donation ou d'un legs ; car de semblables acquisitions concernant des meubles incorporels ou des biens immobiliers, sont soumises à l'autorisation du mari comme étant des cas où s'applique notre disposition.

En somme la femme italienne, à part les actes d'administration, ne peut guère exercer son activité civile. Sa situation ressemble à celle qui est faite par notre loi à l'épouse séparée de biens. Cependant, sous le Code de 1865, il y a des pouvoirs beaucoup plus étendus pour tout ce qui concerne le mobilier corporel. Une autre différence tout à l'avantage de la femme italienne existe en ce qu'elle n'a pas à souffrir d'une inaptitude générale pour s'adresser aux tribunaux. Au contraire, le libre accès auprès de ceux-ci lui est permis quel que soit le rôle qu'elle y joue, la nature ou l'objet de la contestation en cause, pourvu que ce ne soit pas relativement aux actes interdits par l'article 134. On ne concevrait pas que l'autorisation qui doit intervenir à l'égard de ceux-ci ne fût pas nécessaire pour ester en justice à leur sujet.

Nous croyons savoir qu'en pratique le mari est toujours mis en cause, mais c'est là simplement une habitude de procédure sans aucun fondement positif.

Le contrat de mariage peut aggraver ou simplifier l'article 134. Celui-ci, en effet, n'est pas une disposition d'ordre public comme les articles de notre Code concernant les attributs de la puissance maritale. Toutefois le mari italien ne peut pas, d'une façon absolue, abdiquer la qualité de chef en tout ou partie, et les modifications favorables qu'il consent aux règles de notre article peuvent être révoquées par la suite de sa seule volonté. D'autre part le régime de droit commun qui existe en fait est la séparation de biens, c'est donc le régime matrimonial le plus favorable à la femme, puisque celle-ci conserve ses biens propres ; elle les administre et elle en jouit, sauf à respecter les règles que nous venons d'examiner.

Nous pouvons donc en résumé, dans ce domaine de prohibitions directes et expresses, constater que le Code italien est préférable à notre loi civile, parce que moins sévère et moins absolu. Mais il y a encore une remarque capitale sur laquelle il faut insister. Les permissions que l'article 134 réserve à la femme par son silence sur certains points, s'appliquent normalement, elles sont de droit commun et ont une portée générale, de telles faveurs ne sont reconnues à la femme française que lorsqu'elle est séparée de biens, c'est-à-dire jouissant d'un régime exceptionnel alors qu'en Italie il constitue la règle. Dans ce même ordre d'idées, la jurisprudence des tribunaux italiens doit s'attacher à interpréter restrictivement les prohibitions du Code relatives à l'incapacité de la femme mariée ; ce sont en effet des exceptions au principe

de sa liberté générale, et les exceptions s'interprètent restrictivement. Dans notre droit français, au contraire, il appartient à la jurisprudence de limiter le plus possible les atteintes portées au système de l'incapacité de droit commun, et cela en vertu des mêmes règles d'interprétation.

Mais c'est surtout pour tout ce qui concerne l'autorisation maritale qu'apparaît le libéralisme du Code italien. C'est à ce point de vue que l'on entrevoit le mieux la capacité de principe dont jouit la femme, car, ne s'effaçant que devant les nécessités qui découlent du rôle du mari, chef qu'il convient de respecter dans les principales initiatives de la vie commune, que lui seul a le droit de juger, elle réapparaît dans toute sa force lorsque ces nécessités font défaut.

Il en est ainsi d'abord, à la suite des événements qui font que le mari ne peut exercer son autorité, parce qu'il a disparu, qu'il est incapable ou indigne (1). L'épouse agira donc seule lorsqu'il sera absent, mineur, interdit, condamné à une peine dépassant une année d'emprisonnement, ou si une séparation de corps a été prononcée contre lui. Nous ajouterons que pour le cas d'absence, il n'est pas nécessaire qu'une décision de justice soit intervenue, la simple notoriété du fait suffit.

Ce sont, d'autre part, les conventions matrimoniales qui pourront permettre à la femme de se passer de l'autorisation maritale toutes les fois qu'elle est requise,

(1) Art. 135, 1^o, C. civ. ital.

et cela pour chacun des actes en cause ou pour tous. Le mari peut encore, par un acte rendu public, afin de sauvegarder les intérêts des tiers, donner au cours du mariage des autorisations générales à sa femme, des mandats aux larges limites pour tous les actes concernant les affaires communes ou les siennes propres. Il conservera cependant toujours, nonobstant toutes clauses contraires, le droit de révoquer ces licences ; il ne fallait pas compromettre son autorité en reconnaissant à des conventions de ce genre le caractère obligatoire des contrats de droit commun. Tout ceci résulte de l'article 134 *in fine* qui, abstraction faite des dispositions précédentes, est d'ordre public : « *Le mari peut, par acte public, donner à la femme une autorisation générale pour tous lesdits actes (précédemment énumérés) ou spéciale pour quelques-uns, mais il conserve le droit de la révoquer.* »

Les traits caractéristiques de l'autorisation du mari italien sont donc : 1° qu'elle n'est pas universelle ; découlant nécessairement de la célébration du mariage sans avoir à se préoccuper des faits divers qui ont pu modifier les rapports des époux ; privée du concours de son conjoint, la femme n'aura pas à recourir à l'autorisation supplétive de la justice ainsi que dans notre Code et sous l'empire de la loi sarde ; 2° qu'elle n'est point spéciale de son essence et à peine de nullité. Ces simples observations font de suite ressortir la situation de faveur de la femme italienne par rapport à l'épouse française.

Avec un semblable système, que reste-t-il de l'autorisa-

tion de justice, et dans quels cas est-elle susceptible d'intervenir ? La loi la prévoit dans cinq hypothèses (1) :

1° Le mari refuse injustement son consentement ; il n'y a pas à insister sur ce point.

2° Nous avons dit qu'une séparation de corps prononcée « contre le mari », permettait à la femme de reprendre l'exercice de sa pleine capacité. C'est une différence de vues par rapport à la solution de notre loi du 6 février 1893 qui, plus radicale, libère dans tous les cas la femme séparée judiciairement de corps du contrôle de son conjoint. Comme dans la loi italienne le divorce n'a pas trouvé place, le lien du mariage ne peut être complètement dissous, aussi le législateur n'a-t-il point voulu que la femme « contre » qui une séparation a été prononcée puisse, par sa conduite, échapper complètement à cette surveillance du mari. Il le fallait ainsi pour l'honneur de celui-ci et la dignité du mariage. Mais pour qu'il n'abusât point de ses pouvoirs, ce fut aux tribunaux civils que fut confiée la mission d'autoriser l'épouse, son conjoint devant être, bien entendu, mis en cause à moins d'urgence.

3° et 4° Ce qui est moins compréhensible, c'est que l'autorisation de justice soit encore nécessaire lorsque la séparation a été prononcée aux torts et griefs réciproques des parties ou lorsqu'elle résulte d'un jugement qui a statué sur un mutuel consentement. Nous croyons que le motif, lorsqu'il y a eu des torts du côté des deux époux,

(1) Art. 136, al. 1, C. civ. italien.

est que la femme n'est pas assez digne de recouvrer sa pleine capacité, faible motif il est vrai ! Mais au cas de consentement mutuel, c'est une anomalie de la part du Code italien que de ne pas l'émanciper complètement.

5° Nous arrivons ici à une particularité de la législation italienne qui est une mesure très sage et très avantageuse pour les intérêts de la femme. L'article 136 exige en effet l'intervention de la justice quand il y a conflits d'intérêts entre les deux époux pour l'autoriser à agir. C'est une excellente mesure de protection, dont l'opportunité est évidente : puisque la femme est sujette très étroitement à l'influence du mari, la justice ne l'habilitera que lorsque ce sera pour son bien. C'est absolument l'inverse de notre droit français, la femme totalement incapable vis-à-vis des tiers, peut au contraire librement contracter avec son conjoint. Sans doute, prévoyant des abus, le Code leur a interdit certains contrats : les donations irrévocables, la vente ; mais enfin d'autres, en trop grand nombre, peuvent être défavorables à la femme et lui sont pourtant possibles.

L'épouse italienne, à cause de cette protection de la justice, ne rencontre pas d'entraves de cette sorte, sauf pour la donation. On n'a pas voulu, en faveur du mariage, fléchir la règle d'irrévocabilité que l'on considéra comme étant de l'essence des dispositions entre vifs à titre gratuit. Et, comme de trop faciles entraînements et des abus d'influence ne sont que trop possibles entre époux, on leur défendit de se faire mutuellement des libéralités au cours du

mariage (1). Une surveillance éclairée imposée à la femme qui peut faire, à part cela, toutes sortes de conventions avec son mari, telle est la prévoyance du législateur italien. Cette précaution est toute à son honneur.

Telles sont les règles qui régissent, en Italie, la capacité civile de la femme mariée. Il n'y a pas de mesures législatives qui soient venues sur notre matière modifier le système consacré en 1865.

Si nous cherchons dans le Code allemand de 1900 les dispositions relatives aux effets du mariage, nous ne trouverons aucun article concernant des actes civils interdits à la femme ; il en résulte nécessairement un silence complet au sujet de l'autorisation maritale. La loi allemande édicte simplement deux règles générales qu'elle considère comme étant absolument indispensables au bon fonctionnement du mariage. Elle reconnaît au mari un pouvoir de décision dans les affaires communes aux époux ; elle donne à la femme un mandat légal d'agir pour tout ce qui rentre normalement dans sa sphère d'action domestique.

Ainsi l'épouse allemande est pleinement capable, en égalité avec son conjoint sur le terrain civil. Le pouvoir de décision n'intervient que dans les affaires communes, pour lesquelles il était naturel que le mari eût le dernier mot. Le mandat imposé par la loi, s'il est une charge pour la femme, un devoir important, est en même temps un droit dont elle peut se prévaloir. En dehors de ces obligations

(1) Art. 1054, C. civ. ital.

légales, elle garde dans ses affaires personnelles toute sa liberté. Mais jusqu'à quel point ses affaires personnelles s'étendent-elles ? En d'autres termes, à quoi se mesurent son initiative et sa responsabilité ?

Pour répondre à une telle question, il faut successivement examiner quelle est la liberté qui préside aux conventions matrimoniales ; d'autre part, quel est le régime de biens de droit commun qui s'applique aux époux désireux de le subir ou qui s'y trouvent soumis en fait.

Les époux, sauf le respect qu'ils doivent garder à l'égard des obligations légales que nous venons de rappeler, ont pour leur contrat de mariage, la plus grande liberté. Ils en jouissent non seulement au moment des fiançailles, mais encore au cours de l'union conjugale. C'est du reste une conséquence de leur indépendance réciproque pour tout ce qui concerne leurs propres affaires ; leurs rapports sont tels que ceux qui régiraient des contractants de droit commun. Une convention par consentement mutuel peut être dissoute ou modifiée par l'intervention de ce même consentement. C'est donc de par sa volonté, que la femme supportera les clauses restrictives de sa capacité proposées par le mari, comme elle profitera des avantages les plus étendus qu'il aura plu à celui-ci de lui reconnaître. La libre convention détermine le sort de la femme à quelque moment que ce soit : il suffit de respecter les droits acquis aux tiers et de recourir à une publicité convenable pour leurs intérêts. La seule volonté du mari, comme dans le Code italien, serait insuffisante pour revenir sur ce qui a été conclu.

L'épouse allemande a donc toute possibilité d'arrêter elle-même, d'accord avec son conjoint, les limites de sa capacité : elle peut l'exiger absolue.

Mais sous l'empire du droit commun, quelle va être sa situation ? Autant que possible le Code a essayé d'appliquer les conséquences des principes reconnus par la loi comme des nécessités inhérentes à l'union conjugale. Cependant nous ne nous trouverons pas en face d'un régime séparatif. La communauté d'administration et de jouissance a subsisté pour des raisons pratiques et traditionnelles.

Sans doute le Code impose à la femme des prohibitions directes ou tacites et reconnaît au mari, une action sur ses biens personnels. Mais, et c'est le point capital sur lequel il faut insister, ce n'est pas *in abstracto* que lui est retiré le pouvoir de faire telle ou telle chose : les incapacités partielles qu'elle va subir ne sont pas une suite directe du mariage, mais la conséquence de l'état de choses qu'elle a accepté en se laissant régir par le droit commun. C'est un effet de sa volonté.

Quels sont donc les traits principaux du régime légal : « l'union des biens » ou régime d'administration et de jouissance du mari (1) ?

Le patrimoine de la femme y est séparé en deux catégories : le bien d'apport et le bien réservé. Le bien d'apport, c'est ce qu'elle possède au moment du mariage et

(1) Titre VI, art. 1363 à art. 1431, C. civ. all.

ce qu'elle acquiert par la suite, c'est donc la généralité de ce qu'elle peut posséder : c'est sur lui que son conjoint exerce l'administration et la jouissance ; le bien réservé, c'est un patrimoine formé de certains biens pour lequel elle garde la propriété et l'exercice de tous ses droits civils. Le premier est la règle, le deuxième l'exception ; nous nous occuperons plus tard de cette dernière.

Le mari n'a en général sur le bien d'apport qui lui est ainsi soumis, que de simples pouvoirs de gestion outre sa jouissance. En somme, c'est un usufruitier ordinaire. La femme supporte les conséquences de cet état de choses parce qu'il lui faudra être autorisée pour tous les actes qu'elle voudra faire relativement à ce bien, sauf son droit d'exercer librement les attributs du mandat légal relatif à la direction du ménage. Elle gardera, bien entendu, en dehors de cela, toutes latitudes, elle pourra, par exemple, accepter seule une succession ou une donation.

D'autre part, le mari ne peut faire d'actes graves dépassant l'administration sans le concours de sa femme, à défaut avec l'autorisation de justice. Il devra, en outre, lui exposer des comptes au cas où elle le demanderait. S'il est empêché par maladie de vaquer à ses affaires, s'il est absent, ou qu'il y ait péril en la demeure, sa compagne pourra prendre la direction de tout. Elle pourra aussi demander une séparation de biens lorsqu'elle aura quelque sujet de plainte contre son conjoint. Cette séparation a lieu de plein droit lorsque le mari tombe en faillite. Nous pouvons à ce propos noter que ce régime est encore appli-

qué aux époux lorsque la femme n'avait pas la capacité voulue au moment du règlement des conventions matrimoniales.

A défaut d'un régime légal séparatif ordinaire, l'épouse allemande ne peut quand même se plaindre que sa capacité soit trop restreinte dans l'union des biens. Les pouvoirs du mari sont modérés ; ils se présentent comme la sanction matérielle de la direction de l'union conjugale qui lui est confiée, mais ils n'empêchent pas la collaboration des deux époux. Le parti libéral allemand avait réclamé sur ce sujet de plus profondes réformes, une grande portion de l'opinion publique était pour la complète égalité des époux dans le domaine pécuniaire comme dans l'autre. Les Chambres allemandes ne voulurent pas consacrer des mesures aussi exagérées ; nous ne pouvons que les en louer.

En résumé, aucune restriction d'ordre général n'existe contre la femme pour les contrats où elle veut être partie active ou passive (1). Aucune restriction spéciale ne gêne non plus son activité civile. Nous voulons dire que le Code allemand laisse la femme libre là, où notre Code et la loi italienne ont cru devoir intervenir particulièrement ;

(1) Sauf l'exception toutefois de l'art. 1358, C. civ. all. : « Lorsque la femme s'est obligée envers un tiers à une prestation qu'elle doit accomplir en personne, le mari peut, sans observer un délai de dénonciation, dénoncer le rapport de droit, s'il a été sur sa requête habilité à cet effet par le tribunal de tutelle. Le tribunal de tutelle doit accorder l'habilitation quand il appert que l'activité de la femme porte atteinte aux intérêts conjugaux. »

par exemple sur la matière délicate des donations. Il ne subsiste pas en Allemagne de vestiges du sénatus-consulte Velléien, la femme peut se porter caution pour son mari comme pour autrui.

Le Code civil suisse de 1907, lui aussi, n'a tranché nulle part la question de la capacité de la femme mariée ; mais il ne peut y avoir de doute à ce sujet avec une organisation libérale du mariage telle que celle qu'il a consacrée. Au surplus, la femme mariée est entièrement soumise aux règles du droit commun qui bornent à leurs plus simples limites les incapacités civiles. L'article 13 pose en effet ce principe que : « *Toute personne majeure et capable de discernement a l'exercice des droits civils* » ; et l'article 27 défend d'y contrevenir en exprimant : « *que nul ne peut, même partiellement, renoncer à la puissance ou à l'exercice des droits civils.* »

Comme pour le droit allemand, il nous faut voir comment on entend la liberté des conventions matrimoniales, et quelle est la situation de la femme sous le régime légal.

Nous avons déjà dit, exprimant [un] sentiment un peu superficiel, que l'épouse suisse ne jouissait pas d'une aussi grande liberté que l'allemande. Il convient d'approfondir cette assertion. C'est surtout à cause des graves restrictions apportées au libre règlement des conventions matrimoniales que la comparaison accuse ses désavantages. Outre le respect qu'ils doivent aux éléments organiques du mariage, ce qu'il était presque inutile de rappeler ici, les dispositions qui s'y attachent étant toujours d'ordre public, les futurs

époux ne peuvent adopter qu'une des formes prévues par la loi quant aux divers régimes matrimoniaux (1). Or il n'y a dans le Code suisse que la communauté avec ses différentes formes et la séparation de biens qui figurent à côté du système légal de l'union des biens. Aucune trace de la dotalité ! D'autre part, s'ils veulent faire des conventions postnuptiales, il leur faut l'approbation de l'autorité tutélaire en plus des mesures de publicité qu'exige simplement le droit allemand. Et ces conventions n'auront-elles encore que la valeur de simples règlements internes, uniquement obligatoires pour eux-mêmes et leurs héritiers (2). En somme les époux n'ont qu'un choix limité dans le règlement de leurs intérêts pécuniaires matrimoniaux, et ils ne peuvent librement modifier ces rapports au cours du mariage.

Quant au régime matrimonial de droit commun (3), nous allons nous rendre compte qu'il est aussi moins favorable aux intérêts de la femme que celui du Code allemand de 1900. C'est pourtant le même régime ; mais la loi suisse l'a aggravé en faveur du mari. En effet, l'union des biens ne consistera plus seulement en des pouvoirs d'administration et de jouissance de la part de celui-ci, mais il se verra encore attribuer la propriété des biens que la femme acquiert à titre onéreux pendant le mariage, à moins que ce ne soient des biens réservés ou remployés.

(1) Art. 179, al. 2, C. civ. suisse.

(2) *Ibid.*

(3) Art. 194 à 213, C. civ. suisse.

Comment expliquer cette disposition ? Il ne faut voir ici que des vestiges de la tradition ; ce régime légal a été précédé presque dans tous les cantons de systèmes sensiblement identiques, et le législateur helvétique a pensé que le plus sage était encore, en cette matière, de suivre les habitudes nationales.

Il y a en Suisse un régime légal extraordinaire, à l'exemple de l'Allemagne, et indépendamment de l'intervention de la justice que peut solliciter la femme. La séparation de biens a lieu de plein droit et les époux y sont soumis : *« Dès que les créanciers de l'un subissent une perte dans sa faillite (1). »* Le cas est intéressant pour la femme, car ses biens deviendront ainsi étrangers à l'actif insuffisant du mari ; inversement la même disposition est profitable à ce dernier lorsque c'est son conjoint qui fait de mauvaises affaires et qui est acculé à la faillite.

La liberté de contracter de la femme qui est en principe entière vis à-vis des tiers, l'est encore à l'égard du mari. Cependant le Code de 1907 a voulu, dans ce dernier cas, la protéger dans deux hypothèses où il a craint qu'elle ne se laissât entraîner trop facilement à de graves déterminations contraires à ses intérêts. Il lui a défendu, à moins que régulièrement autorisée par l'autorité tutélaire, de

(1) Art. 182, al. 1, C. civ. suisse. Cet article prévoit encore la séparation de biens comme régime légal extraordinaire dans son alinéa 2 ainsi conçu : *« Lorsqu'une personne, dont les créanciers sont porteurs d'actes de défaut de biens, se marie, le régime des époux est celui de la séparation de biens, à la condition que l'un d'eux le fasse inscrire, avant le mariage, dans le registre des régimes matrimoniaux. »*

faire avec son mari des actes juridiques concernant ses biens d'apport ou de communauté (1). On a redouté, avec raison, que ce dernier ne cherchât à se faire consentir des avantages exagérés sur des biens dont il a la jouissance et l'administration. Le Code helvétique s'est encore méfié des obligations que la femme pourrait assumer envers des tiers dans l'intérêt du mari, et là encore l'intervention de l'autorité tutélaire devra se produire. Il ne faut pas que l'épouse puisse, de toute facilité, se porter caution ou offrir des garanties personnelles ou réelles afin de donner plus de crédit à son conjoint ; une pareille assistance peut être des plus dangereuses et des plus onéreuses.

Nous avons vu que la loi italienne protégeait ainsi la femme, mais qu'elle intervenait dans tous les cas où les époux, figurant de part et d'autre dans un contrat, avaient des intérêts opposés.

Tout ce que nous venons de dire au sujet de la législation suisse peut se réduire à ceci : les dispositions de la loi tendent à assurer l'unité dans la direction du ménage, mais à accorder aussi dans la mesure du possible une grande liberté à l'épouse : elles jugent, encore, indispensable d'organiser une protection sérieuse dans des cas graves et restreints où elle n'aurait peut-être pas la raison ou l'empire nécessaires pour résister aux désirs intéressés de son conjoint.

En l'état actuel du droit anglais, toutes les questions

(1) Art. 177, C. civ. suisse.

précédemment soulevées sont extraordinairement simplifiées, l'égalité civile des deux époux étant poussée au plus haut point. Les lois anglaises n'ont même pas prévu la nécessité d'une autorisation maritale en ce qui concerne les affaires communes ; aucun pouvoir de décision légal n'existe au profit du mari. Investi seulement d'une autorité toute morale, lorsqu'il y a un dissentiment entre lui et son conjoint, ne pouvant imposer sa volonté, il doit essayer de moyens détournés pour la faire valoir. Dans certains cas graves, il n'y aura guère comme résultats possibles qu'une séparation ou un divorce.

La prohibition spéciale d'ester en justice qui pesait de longue date sur la femme mariée anglaise a été bien entendu levée ; cela allait de soit avec les autres dispositions des lois émancipatrices de 1870 et de 1882.

La nouvelle législation ne se préoccupe que fort peu des effets spéciaux du mariage en ce qui touche les rapports pécuniaires entre époux. Elle a atteint un état si complet d'égalité entre ceux-ci sur ce terrain, qu'à défaut de conventions matrimoniales leur situation, à peu de choses près, est la même que celle des gens qui ne sont pas mariés. Cependant quelques cas particuliers ont été prévus ; entre autres, la loi oblige la femme qui en a les moyens, d'indemniser la paroisse à la charge de laquelle est tombé son mari pour une cause d'indigence, de vieillesse ou de maladie (1). Elle a tenu, d'autre part, à déjouer certaines

(1) Loi du 18 août 1882, art. 20, ratifiant l'art 13 de la loi du 9 août 1870.

fraudes facilitées par l'état de mariage : c'est ainsi qu'elle attache un caractère de précarité aux donations qu'un mari peut faire à son conjoint. Il était à craindre, en effet, que des libéralités de ce genre servissent à faire rentrer dans le patrimoine séparé de la femme des biens qu'il aurait voulu soustraire à ses créanciers. Il appartiendra toujours à ces derniers de prouver que les agissements de leur débiteur sont accomplis à l'encontre de leurs intérêts, et la femme, cette preuve administrée, alléguera vainement que sa propriété séparée ne doit pas être atteinte. Il en est de même des placements qu'elle fait en son nom mais qui comprennent des biens de son mari (1).

Le régime matrimonial de droit commun consiste dans une séparation de biens absolue ; on ne peut pas dire ici qu'il est la conséquence du rôle des époux dans le mariage : c'est au contraire par son établissement que les lois anglaises ont consacré l'indépendance mutuelle des deux conjoints. Ce sera aux parties, dans leurs conventions matrimoniales, à modérer la liberté de la femme.

C'est pourquoi M. Paul Gide a pu dire avec raison :
 « que dorénavant les *settlements* seront seulement
 « inspirés par l'intérêt du mari, tandis que jadis ils étaient
 « faits principalement dans l'intérêt des femmes. »

Puisque nous en sommes à parler de conventions matrimoniales, remarquons en passant qu'il est en Angleterre d'un usage assez courant, d'y faire insérer un « *restraint*

(1) Loi du 9 août 1870, art. 6.

on anticipation ». Cette clause est destinée à défendre à la femme de disposer de son « *separate estate* », elle ne disposera que des revenus qui enproviennent et sous la condition que ce ne soit pas à l'avance.

Est-il besoin de se demander si les contrats de mariage peuvent être modifiés au cours de l'union conjugale ? Les époux anglais, répétons-nous, ont possibilité de contracter à tout moment comme s'ils n'avaient pas la qualité de gens mariés.

§ 2. — Des biens réservés.

Nous voudrions tout d'abord donner une définition générale des biens réservés, indépendamment des variations de détail que l'esprit divers des législations peut y apporter : « Ce sont des biens déterminés par la loi quant à leur nature, leur qualité, et sur lesquels les femmes mariées ont des droits d'administration, de jouissance, de disposition même, à l'encontre des règles du droit commun. »

Voici donc la possibilité de créer de cette sorte, pour les femmes mariées, une capacité réelle relativement à un domaine civil limité, il est vrai, mais à l'occasion duquel elles pourront librement exercer des droits.

L'origine des biens réservés est dans un principe de pure équité. Lorsque les conséquences d'une législation sont telles que les biens de l'épouse doivent être confiés à la gestion du mari, avec des pouvoirs plus ou moins étendus reconnus à celui-ci, il est assez naturel d'admettre que certains d'entre eux puissent échapper à cette action

maritale et rester en la possession effective de la femme. Ce résultat peut être obtenu par l'effet de clauses insérées au contrat de mariage et que la loi valide, ou par la prévoyance du législateur qui constitue des biens réservés dans un but d'intérêt public

La question s'est surtout posée au sujet du produit de l'activité des femmes mariées. Et si la liste des biens réservés, dans certaines des législations que nous étudions, ne se borne pas à ce simple point de vue, il est à constater que toujours en tête de leur énumération viennent leurs gains et salaires. Notre loi du 13 juillet 1907, plus avare, ne s'est du reste inspirée que de cette nécessité stricte.

Un assez vif mouvement d'opinion publique s'était manifesté en Europe dans le commencement de la seconde moitié du xix^e siècle au sujet de gains provenant du travail féminin dans les classes ouvrières. Les progrès de l'alcoolisme avaient notamment déterminé dans les petits ménages une plus grande fréquence de situations regrettables, et bien souvent le mari dépensait en boisson les économies de sa compagne lorsqu'il ne les dissipait pas au jeu ou par sa mauvaise conduite. D'assez nombreuses propositions de lois furent suscitées par cet état de choses et déposées sur le bureau des Parlements européens (1), afin de circonscrire le mal et de permettre à la femme de garder

(1) En dehors de notre sujet on peut citer comme résultats acquis à ce propos : une loi suédoise du 11 décembre 1874 ; des lois danoises des 7 mai 1880 et 7 avril 1899 ; la loi norvégienne du 29 juin 1888 et la loi belge du 10 mars 1900.

ce qu'elle avait justement acquis par ses efforts personnels lorsque par l'effet de la loi son conjoint pouvait s'approprier ses salaires.

Ce fut l'Angleterre qui la première accomplit une réforme en ce sens : la loi du 9 août 1870. Avant cette date il y avait bien pour les femmes mariées une propriété séparée, soustraite aux abus du mari omnipotent et portant sur certains biens, mais c'était grâce aux détours et aux subterfuges qu'employait la Cour d'équité afin de tourner le droit coutumier si contraire aux intérêts des épouses. Mais ce patrimoine réservé, de construction artificielle, de nature compliquée, ne profitait qu'à la classe riche qui avait l'habitude de faire des contrats de mariage et trouvait facilement des « *trustees* » à sa discrétion ; c'est-à-dire des administrateurs fiduciaires, considérés légalement comme des titulaires de droits de propriété ou d'autres, alors qu'en fait, leur mission était de réaliser entre les mains des personnes intéressées, tout le profit qu'ils retiraient de la gestion des biens qui leur étaient ainsi confiés. Par conséquent les gains et salaires des ouvrières ne jouissaient nullement de cet état de choses.

Les Cours d'équité s'étaient efforcées principalement de donner une certaine force aux clauses des contrats de mariage organisant un patrimoine séparé, et cela à l'encontre de la « *common law* ». Elles intervenaient encore dans d'autres cas : relativement à certains legs et certaines donations et pour la femme commerçante, par exemple.

Ainsi donc la femme pouvait faire reconnaître devant

une Cour d'équité la valeur d'une convention matrimoniale précédant le mariage et où le mari lui aurait reconnu comme biens propres ses gains et salaires. Mais il fallait une convention matrimoniale, chose rare dans le monde laborieux, où le plus souvent, les époux n'ont comme richesse que leur seule activité. Une pareille exigence était, d'autre part, l'expression d'une méfiance à l'égard du mari.

La loi du 9 août 1870 reconnut comme biens séparés avec pleins pouvoirs d'administration, de jouissance et de disposition au profit de la femme mariée (1) :

1° Ses gages et salaires, quel que soit le métier, la profession qu'elle exerce :...

2° Les dépôts qu'elle effectue dans les caisses d'épargne ; les sommes placées en fonds publics ; les actions entièrement libérées, les obligations des sociétés par actions d'une façon générale ;...

3° Toute succession mobilière *ab intestat* qu'elle acquiert au cours du mariage ; toute donation ou legs de £ 200 ; les revenus des immeubles d'une succession *ab intestat* ;..

Ce qui frappe tout d'abord à la lecture de la loi de 1870, c'est la longueur de la liste des biens séparés et la qualité de ceux-ci. En somme cette loi fut très radicale. Elle eut bien pour but de protéger les ouvrières, dont la situation était particulièrement à relever, en leur conservant en première ligne leurs gains et leurs salaires et les écono-

(1) Art. 1 à 5 et 7, 8 de la loi du 9 août 1870.

mies en provenant, mais elle tendit aussi à étendre dans une très large mesure l'initiative des femmes possédant une certaine fortune. En effet, la richesse mobilière a pris de nos jours une très grande extension, et les actions, les obligations de commerce, industrie et autres branches qui la représentent entrent, à côté des fonds publics, dans la composition du patrimoine séparé.

La loi de 1870 est donc l'expression d'un bouleversement profond dans les habitudes juridiques anglaises, au moins dans le droit positif ; elle n'a point cherché à ne consacrer que de timides exceptions aux principes traditionnels de l'antique « *common law* », elle a voulu au contraire y pratiquer une large brèche que réclamait l'évolution des mœurs nationales. On peut dire que tout l'honneur de cette grosse réforme revient à la jurisprudence des Cours d'équité.

La question va se poser, maintenant, de savoir à quel moment il faut se placer pour la constitution du patrimoine séparé. Ne comprend-il seulement que les biens destinés à le former, acquis au cours du mariage, ou bien englobe-t-il encore ceux que la femme possédait lors de la conclusion de l'association conjugale ? Il faut répondre par l'affirmative, la loi s'applique ici sans distinctions. Mais ses articles ne sont point des mesures d'ordre public auxquelles on ne peut déroger, les biens séparés sont susceptibles d'être atteints par les contrats matrimoniaux, et cela même, s'il s'agit des gains et salaires qui auraient pu être placés sous un régime spécial. Rien n'empêche donc que les

pouvoirs de la femme soient restreints en tout ou partie.

Il existe une procédure simple et rapide pour terminer les contestations entre époux au sujet de la nature des biens possédés par la femme. C'est la Cour de Chancellerie ou le juge de la Cour du Comté qui est compétent. Il y a bien entendu faculté d'appel pour les parties (1).

L'épouse a tous pouvoirs sur ses biens séparés, et il lui suffira, pour intenter personnellement une action en justice, d'alléguer que les biens en cause sont sa propriété séparée. Ses simples déclarations feront foi, et ne tomberont que sur une preuve contraire administrée (2).

Telles sont les remarques les plus importantes qui nous intéressent particulièrement sur la loi de 1870. Répétons que le droit anglais ne s'occupe pas, sur ce sujet, de tel ou tel régime de biens auquel se sont soumis les époux ; il pose une règle générale qu'ils peuvent parfaitement modifier dans le sens de leurs intérêts particuliers.

La loi du 18 août 1882 vint élargir jusqu'à ses extrêmes limites le domaine juridique créé par les précédentes mesures législatives que nous venons de quitter. Ces dernières n'avaient point touché à l'incapacité générale qui pesait sur la femme en tant que principe fondamental et sous-entendu, mais elles l'avaient considérablement paralysé, or la loi de 1882 fit du domaine d'exception une règle universelle et abrogea ainsi l'antique principe. L'article 1^{er} décide que : « *La femme mariée sera capable d'acquérir, de*

(1) Art. 9 de la loi du 9 août 1870.

(2) Art. 11, *ibid.*

détenir et de disposer par testament ou autrement, de tous biens immobiliers ou mobiliers comme propriété séparée de même manière que si elle n'était pas mariée et sans l'intervention d'aucun trustee. » C'est l'assimilation complète de la femme mariée à celle qui ne l'est point, la loi l'exprime et le répète avec une certaine obstination dans d'autres de ses articles : pour tout ce qui concerne son patrimoine, elle aura pleins pouvoirs d'agir personnellement, dorénavant la complication du *trustee* sera inutile.

Nous verrons, en traitant du sort des actes des femmes mariées, comment une loi de 1893 est venue empêcher toute interprétation étroite des dispositions de la loi de 1882 et parachever ses mesures libérales.

Si nous passons maintenant au droit allemand, nous allons nous trouver en face d'un système qui diffère sensiblement. Mais voyons d'abord les articles qui organisent le patrimoine réservé dans le Code de 1900 :

1° « *Sont biens réservés les choses exclusivement destinées à l'usage personnel de la femme, spécialement vêtements, parures et instruments de travail* » (art. 1366).

2° « *Est bien réservé ce que la femme acquiert par son travail ou par l'exploitation indépendante d'une entreprise de caractère lucratif* » (art. 1367).

3° « *Est bien réservé ce que la femme acquiert par succession héréditaire ou à cause de mort, ou ce qui lui est attribué gratuitement entre vifs par un tiers, lorsque, soit l'auteur de la transmission héréditaire, par disposition de dernière volonté, soit le tiers, dans l'attribution, a spéci-*

fié que l'acquisition doit être bien réservé » (art. 1369).

4° « *Est bien réservé ce que la femme acquiert en vertu d'un droit faisant partie de son bien réservé, ou à titre de réparation pour la destruction, détérioration, ou soustraction d'un objet faisant partie du bien réservé, ou par un acte juridique qui se rapporte au bien réservé » (art. 1370).*

Nous avons trouvé ces articles dans le chapitre du régime matrimonial de droit commun d'administration et de jouissance du mari, où la loi énumère justement ces biens à seule fin de les soustraire à cette action maritale. Les biens réservés ne trouvent donc place dans la loi allemande qu'à propos du régime légal : c'est là leur caractère le plus saillant et le plus typique. Le législateur s'est borné simplement à organiser une protection pour la femme qui se marie sans contrat ; au cas contraire il observe une très grande réserve par respect pour la liberté des conventions. L'article 1368 énonçant simplement qu' « *est bien réservé ce qui, par contrat de mariage, est déclaré bien réservé* » ne fait que constater la responsabilité égale des époux devant le règlement de leurs intérêts conjugaux. Si cette responsabilité n'était pas ainsi équilibrée, si le Code préconisait en dehors du droit commun des mesures de protection pour la femme, ce serait douter de sa pleine capacité, ce qu'il ne veut point faire. Seulement, dans le régime légal, il faut au moins qu'elle en trouve des applications élémentaires et que l'égalité civile sous-entendue entre les deux conjoints ne soit pas un vain principe : c'est pourquoi le Code organise un patrimoine séparé.

La question des biens réservés n'existe naturellement pas avec la séparation de biens, puisque l'exception se confond avec la règle. c'est donc aux époux de la trancher lorsqu'ils adopteront une forme communautaire ou la dotalité ; ils pourront le faire non seulement au moment de la conclusion du mariage, mais encore par la suite, en vertu de la liberté quasi-absolue des conventions matrimoniales, et pourvu qu'ils observent les prescriptions de forme indiquées par la loi.

Nous n'avons rien de particulier à signaler au sujet de la liste des biens réservés ; les termes en sont modérés, et l'article 1370 prévoit des subrogations réelles aussi raisonnables que légitimes.

Notons que pour déterminer si tel bien est réservé ou non, il ne suffira plus à la femme de l'alléguer, comme cela se passe en droit anglais, mais le fardeau de la preuve incombera à l'époux intéressé.

Qu'arrivera-t-il au cas où la femme qui a toute facilité de contracter au sujet de ses biens réservés et pleins pouvoirs de disposition, abuse gravement de sa liberté ? Le mari n'aura qu'une ressource, elle est plutôt radicale, celle de la faire interdire. C'est ce qui ressort de la teneur de l'article 6, alinéa 2, qui dispose que : *« celui qui par suite de prodigalités s'expose, lui ou sa famille, au danger de tomber dans l'indigence... pourra être interdit »*.

Dans le Code suisse de 1907, ce n'est plus au seul propos du régime légal qu'il y a des biens réservés. La loi en donne une liste fixe qu'on ne pourra restreindre sous quel-

que régime que ce soit, mais qu'on pourra étendre. C'est à propos de cette extension qu'elle prévoit des biens réservés conventionnels ou provenant de libéralités faites sous la condition qu'ils ne seront pas soumis à l'administration et à la jouissance du mari. Toutefois les époux ne pourront décider que leur réserve héréditaire fera partie du patrimoine réservé ; les époux, avons-nous bien dit ! Mais il y a donc dans la loi helvétique des biens réservés qui concernent le mari ? Il en est ainsi, et c'est une de ses particularités. L'intérêt de cette mesure ne nous apparaît que dans le régime de communauté où il y a confusion de patrimoines et toutes les fois que le mari, par le jeu des conventions matrimoniales, serait appelé à répondre des actes de la femme. Nous allons voir que légalement il n'y a qu'un seul cas où des biens réservés sont reconnus au profit du chef de famille en même temps qu'à son conjoint.

L'article 191 nous dit que : « *sont biens réservés par la loi* »

1° *Les effets exclusivement destinés à l'usage personnel d'un des époux ;*

2° *Les biens de la femme qui servent à l'exercice de sa profession ou de son industrie ;*

3° *Le produit du travail de la femme en dehors de son activité domestique. »*

Ce sont donc des dispositions impératives auxquelles les époux ne pourront déroger : la loi n'a point voulu que les femmes puissent renoncer à ce minimum de protec-

tion pour leurs intérêts pécuniaires : le régime de séparation de biens s'appliquera donc forcément au patrimoine ainsi constitué. Mais, alors que dans la législation anglaise et dans le droit allemand, l'épouse n'est qu'exceptionnellement appelée à soutenir le ménage ou à faire profiter les intérêts communs de ses biens réservés, la femme suisse doit, dans la mesure des besoins habituels, affecter le produit de son travail au paiement des frais résultant de la vie commune.

Les règles de la preuve en notre matière sont du domaine de l'adage : « *Actori incumbit probatio.* »

Les biens réservés n'ont point trouvé place dans la législation italienne. C'est sans doute la conséquence de ce que le régime légal qui existe en fait est la séparation de biens. Les salaires de la femme mariée restant en droit commun sa propriété, le législateur a jugé inutile d'intervenir lorsque les époux font des conventions matrimoniales : c'est à eux de résoudre la question.

Toutefois la séparation, comme tout autre régime adopté, n'empêche pas la femme de supporter les restrictions graves apportées à sa capacité et, si elle garde la propriété et la jouissance du produit de son travail comme celles de ses autres biens, elle ne pourra exercer nombre de droits civils à leur sujet sans l'autorisation de son conjoint. Sa situation est donc désavantageuse à ce point de vue par rapport aux législations que nous avons mises en cause.

Nous voici maintenant en présence de la loi française du 13 juillet 1907 relative au libre salaire de la femme

mariée et à la contribution des époux aux charges du ménage ; nous allons donc pouvoir comparer ses dispositions principales avec ce que nous venons d'étudier à ce propos.

La loi du 13 juillet 1907 décide que sous tous les régimes seront biens réservés les produits du travail personnel (1) de la femme mariée et les économies en provenant.

Nous remarquerons de suite qu'elle a limité strictement les conséquences des principes d'équité dont on a coutume de s'inspirer en pareille matière : le patrimoine réservé ne comprend que les gains et salaires et les économies en provenant. La liste est donc bien plus courte que celle donnée par la loi anglaise du 9 avril 1870 qui la première établit positivement des biens séparés. La raison en est que la France et l'Angleterre ont sur cette question des vues toutes différentes : alors que dans notre droit on a voulu simplement apporter une exception aux règles trop absolues de l'incapacité de la femme mariée pour protéger celles qui travaillent, il s'agissait d'autre part d'émanciper partiellement l'épouse anglo-saxonne, en lui créant un patrimoine personnel sur lequel elle pourrait désormais exercer des droits civils : c'est à dire de lui donner d'une façon générale une liberté assez grande appuyée sur un fondement matériel. Quant au Code allemand qui lui aussi donne une liste plus longue que la nôtre, il n'a visé qu'une situation particulière au régime légal : en

(1) Quelle que soit du reste la forme que revête l'activité de la femme : métiers, professions libérales, exercice du commerce ou mise en œuvre de talents artistiques ou littéraires.

somme il a voulu consacrer en droit commun le régime traditionnel de l'union des biens, en même temps qu'il a tenu à donner satisfaction, dans une certaine mesure, à la grande partie de l'opinion publique qui réclamait l'assimilation complète des deux époux.

Le Code suisse, comme notre loi française, s'est montré avare sur la composition du patrimoine réservé, cependant le projet du Code helvétique aurait pu inspirer à cette dernière une excellente disposition qui ne l'aurait point fait sortir des strictes limites dans lesquelles elle a tenu à se cantonner. Nous voulons dire que la loi de 1907 aurait dû comprendre comme biens réservés : « *les biens de la femme qui servent à l'exercice de sa profession ou de son industrie* ». En effet ceci est inséparable, le cas échéant, des produits du travail qu'ils permettent à la femme de récolter.

Le cadre des biens réservés est fixe, on ne peut l'étendre par contrat de mariage, de même qu'on ne peut les restreindre en étendue ou en pouvoirs (1). En Angleterre et en Allemagne la libre convention a plein effet à leur sujet ; en Suisse, si on ne peut les diminuer, on peut en augmenter les cadres. Nous sommes, en France, dans un domaine d'exception et d'ordre public tout à la fois, et la loi doit être sévèrement interprétée.

Sur son patrimoine réservé, la femme a de très larges pouvoirs dépassant de beaucoup les actes d'administration

(1) On peut rapprocher de la question des biens réservés, l'hypothèse spéciale contenue dans l'article 1429 du Code civil,

reconnus à l'épouse séparée de biens par notre Code civil. C'est ainsi qu'elle peut user comme bon lui semble de ce qu'elle gagne, sauf à contribuer aux charges normales du ménage, et que même l'aliénation d'immeubles qu'elle aurait pu acquérir avec le produit de son travail lui est possible. A plus forte raison peut-elle les hypothéquer ou consentir tous droits réels qu'il lui plairait. Ajoutons que la prohibition d'ester en justice qu'elle doit subir d'après le droit commun, ne lui est plus opposable relativement à son patrimoine réservé. Il est cependant une limite aux pouvoirs si grands que la loi de 1907 attribue aux femmes mariées sur le produit de leur activité et que nous n'avons pas trouvée dans les autres lois étrangères : elles ne peuvent disposer à titre gratuit de leurs biens réservés. Et cela pour deux raisons : ce serait d'abord contraire à l'intérêt du ménage qu'elles doivent soutenir dans une certaine proportion, d'autre part il n'est pas bienséant qu'une femme mariée fasse des libéralités entre vifs sans le contrôle de son conjoint.

Seule avec la Suisse, notre loi de 1907 prévoit la contribution de la femme aux charges du ménage sur ses biens réservés. C'est encore une différence de vues avec l'Angleterre et l'Allemagne. Il est vrai qu'il est dans les habitudes anglaises un principe fortement assis, en vertu duquel on considère que le mari doit supporter seul les charges du mariage. En Allemagne, ce n'est point pour la même raison : le patrimoine réservé n'existe que dans le régime matrimonial de droit commun : or dans ce cas, le

mari ayant la jouissance et l'administration du bien d'apport, c'est justement en vue de sauvegarder une certaine partie de la fortune de la femme, qu'ont été établis les biens réservés. Il était naturel que ceux-ci soient exempts des charges que le bien d'apport doit supporter. Cependant nous ne pouvons nous empêcher de remarquer que dans les classes laborieuses ce dernier doit faire souvent défaut et que le mauvais vouloir de la femme pourra compromettre la bonne tenue et la prospérité du ménage.

Afin de bien assurer la contribution des époux aux charges résultant de l'association conjugale, notre loi leur permet la saisie réciproque de toute la portion de leurs gains et salaires qu'ils devraient employer au but normal qu'elle leur assigne et qu'ils gaspillent ou dépensent inutilement. Il suffira pour cela d'une autorisation du juge de paix donnée par ce magistrat en connaissance de cause. Nous avons vu que la loi helvétique contenait une disposition de ce genre, mais dont la portée était plus générale et se présentait comme une conséquence de l'état de mariage ; la femme, ce n'est qu'à elle seule qu'est reconnue cette faveur, pourra obtenir du juge que les débiteurs de son mari versent entre ses mains les créances de ce dernier quand il méconnaît gravement ses devoirs de chef de famille. Il ne s'agit donc plus ici uniquement que des gains et salaires, mais de toutes les créances actives. Il ne saurait y avoir toutefois de doute pour le cas contraire et en ce qui concerne les biens réservés : la femme, en vertu de la loi, doit contribuer aux charges du ménage ; si elle

ne le fait point, le juge, à la demande du mari, fera son office normal de médiateur dans les affaires matrimoniales, et prendra toutes mesures qu'il croira nécessaires pour arranger les choses.

En ce qui concerne la nature de ses biens réservés et leur consistance, la nouvelle loi est très favorable à la femme en admettant que celle-ci sera toujours en droit de se prévaloir de la preuve testimoniale, elle a donc bravé une fois de plus l'esprit de notre Code civil qui tient cette dernière en grande défaveur.

Il était difficile de s'occuper de l'épouse qui travaille en même temps que son mari, la question étant fort délicate à trancher ; aussi les dispositions précédentes ne s'appliquent-elles pas aux gains et salaires résultant du travail commun des deux époux. Le législateur n'a peut-être pas voulu remplacer cette injustice par des maladresses.

En résumé, si la loi du 13 juillet 1907 est plus timide que toutes les mesures que nous avons passées en revue, et que les lois étrangères ont cru devoir consacrer au sujet des biens réservés, elle ne se présente pas moins comme étant une exception très hardie apportée à l'antique principe de l'incapacité générale de la femme mariée.

Ce n'est point, cependant, que le législateur ait voulu que l'on pût croire la puissance maritale écartée dans la mesure des nouveaux textes qu'il édicte, mais elle sommeille en quelque sorte tant que la femme est à la hauteur des droits qui viennent de lui être reconnus, par sa bonne conduite et le souci qu'elle prend de ses affaires. Vient-

elle à se montrer indigne de sa récente capacité ? Elle retombera sous le joug marital. C'est ce qui ressort fort clairement de l'article 2 ainsi conçu : « *En cas d'abus par la femme des pouvoirs qui lui sont conférés, dans l'intérêt du ménage, par l'article précédent, notamment en cas de dissipation, d'imprudence ou de mauvaise gestion, le mari pourra en faire prononcer le retrait soit en tout, soit en partie, par le tribunal civil du domicile des époux, statuant en chambre du conseil, en présence de la femme, ou elle dûment appelée, le ministère public entendu.* »

« *En cas d'urgence, le président de ce tribunal peut, par ordonnance de référé, lui donner l'autorisation de s'opposer aux actes que la femme se propose de passer avec un tiers.* »

Terminons par cette autre constatation générale que la nouvelle loi a eu pour effet de déterminer en fait comme régime légal, la séparation de biens pour tous les petits ménages où la seule fortune consiste dans le travail des deux époux, c'est-à-dire pour l'ensemble de la classe laborieuse. Ce n'est qu'à la dissolution du mariage que le régime réel reprend toute sa force.

Nous nous occuperons dans nos conclusions de la portée de la loi du 13 juillet 1907, et nous essaierons de montrer quelles conséquences elle engendrera à l'avenir. Si nous revenons à la conception abstraite, à la simple notion des biens réservés, nous dirons que c'est une institution destinée à soutenir la moindre capacité qu'il soit équitable de reconnaître à la femme mariée, en même temps qu'elle constitue un moyen pratique de faire une brèche dans un système juridique défavorable aux intérêts pécuniaires et

par suite moraux de cette dernière. C'est ouvrir par là même une voie aux réformes libérales en ce sens ; mais il est une question de mesure derrière laquelle il faut énergiquement se retrancher si l'on ne veut pas aboutir à une révolution juridique telle que celle dont l'Angleterre nous a donné l'exemple.

APPENDICE. — *De la femme mariée commerçante.*

Dans quelles mesures les prescriptions du droit civil ont-elles été paralysées à l'égard de l'épouse commerçante ? Telle est la forme qu'il faut donner à la question que nous devons étudier maintenant, si l'on veut envisager dans cette étude de droit civil, un sujet qui relève du droit commercial.

Les nécessités pratiques du commerce avaient fait fléchir singulièrement les règles strictes de notre Code en ce qui concerne l'incapacité de l'épouse, tout formalisme étant étranger au domaine juridique du négoce. L'autorisation maritale pouvait être tacite, et donnait, une fois intervenue, capacité complète à la femme de se livrer à ses affaires et de faire tous actes juridiques s'y rapportant.

Deux exceptions graves existaient pourtant avant la loi du 13 juillet 1907, à l'égard de cette liberté d'action : l'épouse commerçante ne pouvait pas plaider sans un assentiment spécial de son conjoint, ni, d'après la jurisprudence, contracter une société de commerce sans la même condition. La défense d'ester en justice n'avait

aucune raison d'être en l'état actuel de nos mœurs ; du reste une femme commerçante a l'habitude des affaires, plaider n'est pas un acte plus grave que beaucoup de ceux qui lui étaient permis, et le souci de ses intérêts guidé par cette psychologie spéciale, qu'acquièrent vite les gens de négoce, l'aurait détournée des procès aléatoires et coûteux. Quant à l'impossibilité où elle se trouvait de contracter seule une société de commerce, la jurisprudence partageait cette conception très légitime, que le mari doit toujours avoir un droit de contrôle précis dans tous les cas où sa compagne se commet avec des tiers ou porte intérêt à un étranger.

Avec la loi de 1907, les bénéfices du commerce et les biens acquis à l'aide de leur produit, entrant dans la composition du patrimoine réservé, la femme commerçante peut désormais plaider à leur sujet. Reste la faculté de contracter une société de commerce ; il faut encore, selon nous, l'autorisation maritale, car malgré les pouvoirs très larges reconnus à l'épouse sur ses biens réservés, le point de vue moral semble l'emporter sur d'autres considérations en raison des principes généraux qui régissent l'autorité de chef de famille à cet égard.

Une question, en effet, toujours très débattue, est celle de savoir si le juge peut se substituer au mari pour habilitier la femme à faire le commerce ? La jurisprudence n'a pas craint de la trancher par l'affirmative. Nous ne partageons pas cette manière de voir, d'abord parce qu'elle semble contraire à l'esprit des textes de la loi, et qu'on peut

trouver, d'autre part, exorbitant que le juge remplace le mari sur un point aussi délicat. L'article 218 du Code civil qui ne prévoit l'autorisation de justice, au cas de refus injuste du chef de famille, que lorsqu'il s'agit de passer un acte ou d'ester en justice, ne permet aucun doute sur le caractère impératif et la portée de l'article 4 du Code de commerce qui décide que : « *la femme ne peut être marchande publique sans le consentement de son mari.* » Si donc le mari est en état de faire acte d'autorité, il doit être maître des destinées de sa femme sur ce point. Encore que ce soit très discutable, nous n'admettrions l'intervention de la justice que lorsque le chef de famille ne peut pas juridiquement faire valoir sa volonté parce qu'il est absent, indigne ou incapable : la jurisprudence peut s'appuyer ici sur de forts motifs d'équité.

Avec cette manière de voir, n'est-on pas amené à se ranger du côté des auteurs qui considèrent que la révocation de l'autorisation maritale peut intervenir à tout instant ? On peut estimer que si le mari use simplement de sa puissance maritale lorsqu'il s'oppose à ce que son conjoint exerce le commerce, il en abuse en agissant par voie de révocation arbitraire. Il est donc admissible, dans ce dernier cas, que la justice vienne en aide à l'épouse. La question est du reste tout autre : au lieu des intérêts moraux du mariage que seul le chef de famille doit pouvoir apprécier, il y a soit une méconnaissance par trop capricieuse et injustifiée des conventions qui ont pu intervenir

sur ce sujet entre les époux (1), ou bien alors une mauvaise foi flagrante du mari à laquelle la jurisprudence ne veut reconnaître aucun effet. Cependant que le mari ait un motif légitime, aussi relatif soit-il, aussi minime qu'il se trouve, l'autorisation supplétive de justice ne saurait, nous semble-t-il, intervenir contre la décision maritale. Elle ne se trouve plus à proprement parler en présence d'un arbitraire pur ; elle devra donc s'incliner devant les prérogatives du chef de famille qui a le droit, dans notre loi, de donner à l'union conjugale la direction qu'il croira la plus conforme aux intérêts communs.

Avant la loi de 1907, lorsque la femme était mariée sous le régime de communauté, tous les risques de l'entreprise de son commerce devaient en définitive peser sur le mari chef des biens ; il est vrai que celui-ci profitait de tous les bénéfices réalisés. Sous le système légal l'épouse commerçante voyait donc sa responsabilité soutenue, son crédit fortifié par son conjoint, mais elle l'enrichissait à son détriment, ne pouvant garder ce qu'elle gagnait en propriété personnelle. Cette situation se présentait donc pour elle, tout à la fois, comme avantageuse et désavantageuse, et une séparation de biens judiciaire seulement pouvait la faire changer. Actuellement le mari reste étranger au crédit de son conjoint, il ne supporte que les conséquences

(1) C'est une raison faible, il est vrai, puisque des conventions de ce genre peuvent être considérées comme portant atteinte à l'autorité du mari comme chef de l'union conjugale, et n'avoir par suite aucune valeur juridique.

des actes qu'il a expressément autorisés dans le but d'en garantir l'exécution, mais il ne bénéficie pas du produit du commerce de la femme qui garde pleins pouvoirs, sauf les dispositions à titre gratuit, sur les gains qu'elle réalise. C'est au jour de la dissolution du mariage, seulement, que ces biens entreront dans la masse de la communauté pour le partage du fonds commun.

Le Code de commerce italien de 1882 consacre l'application particulière de règles que nous avons précédemment étudiées dans le Code de 1865 : chute de toutes les barrières qui encerclent la capacité de la femme lorsque son conjoint est absent, indigne ou incapable : il lui est aussi loisible, dans ce cas, de faire le commerce sans autorisation quelconque, que de figurer, ainsi que nous l'avons vu, dans tous les contrats où elle jugerait à propos d'être partie : nécessité d'une autorisation de justice à la suite d'une séparation de corps prononcée à ses torts et griefs, ou statuant sur un consentement mutuel, mais non dans l'hypothèse d'un jugement rendu contre le mari.

Mais alors que dans notre droit, le refus injuste du chef de famille de laisser son conjoint exercer le commerce ne semble pas permettre un appel utile à l'autorité judiciaire, la jurisprudence italienne puise au contraire dans un texte formel le pouvoir de donner gain de cause à une femme qui peut démontrer le mal fondé des exigences de son mari. Ajoutons que le consentement de ce dernier est présumé, lorsque sa compagne exerçant ostensiblement un

commerce, il n'y fait pas une opposition formelle accompagnée de la publicité convenable (1).

Lorsqu'une femme mariée est valablement autorisée à faire le commerce, sa situation est semblable à celle dont elle jouirait, si, sous l'empire du droit civil, elle avait obtenu de son mari une autorisation générale de faire tous les actes défendus par l'article 134. Dans cette hypothèse, nous savons que la possibilité d'ester en justice est complète. Toutefois dans le droit civil le chef de famille peut s'arroger des pouvoirs de révocation arbitraire pour l'autorisation générale qu'il a donnée à son conjoint ; dans le droit commercial il n'en est pas ainsi, la décision du mari ne saurait avoir d'effet si la femme a déjà commencé son commerce, qu'avec la ratification du tribunal civil, l'intéressée dûment appelée et entendue en chambre du conseil, à moins bien entendu qu'elle ne s'y soit soumise spontanément (2).

Ainsi la capacité de la femme italienne commerçante est entière, mais il est une chose cependant qu'elle ne peut faire sans une autorisation spéciale de son conjoint ou à son défaut de la justice : c'est de contracter une société de commerce à responsabilité illimitée (3). La loi a voulu protéger la femme de même qu'elle a songé aux intérêts du mari. Il ne faudrait pas croire cependant que ce dernier puisse être personnellement atteint par les actes de sa

(1) Art. 13, C. com. italien.

(2) Art. 15, *ibid.*

(3) Art. 14, C. comm. ital.

compagne ; la dotalité et la séparation de biens, régimes les plus fréquents en Italie, s'opposent par leur nature à ce qu'il en soit ainsi ; mais il se peut que les intérêts communs du ménage soient très sérieusement compromis par la ruine de la femme, qui risque d'être absolue par sa participation à une société commerciale entraînant une responsabilité illimitée. Les actes de la femme ne réfléchissent même pas contre le mari dans le régime de communauté, si ce n'est dans la mesure des bénéfices communautaires. Mais pourquoi cette différence avec ce qui existait dans notre droit à ce dernier point de vue ? Nous l'attribuons à ce que l'actif commun n'est pas aussi riche en Italie qu'en France ; défense, est faite aux futurs époux d'y faire entrer certains éléments patrimoniaux qui représentent pourtant une notable partie de la fortune privée (1) ; sans doute le législateur n'a-t-il pas voulu, en conséquence, que le mari supportât éventuellement d'une façon trop onéreuse la charge des engagements de son conjoint. Le résultat pratique est que l'épouse italienne a moins de crédit vis-à-vis des tiers que la femme commerçante française commune en biens en avait avant notre loi de 1907.

Remarquons que l'inaliénabilité dotale n'est pas atteinte par la pleine capacité reconnue à la femme commerçante, elle sera tenue, de même que les tiers, de respecter les règles civiles posées en cette matière. Est-il nécessaire que le Code de commerce italien prenne le soin de le dire ?

Nous n'insisterons pas sur le droit anglais ; nous savons

(1) V. page 10, note 2.

à quel point il consacre l'absolue liberté de la femme mariée. Cependant il convient de noter ici une anomalie dont nous trouverons plus tard la raison : l'article 1^{er}, alinéa 5 de la loi de 1882 dispose que : « *Toute femme mariée exerçant un commerce indépendamment de son mari, est, relativement à ses biens séparés, soumise aux lois sur la faillite comme si elle n'était pas mariée.* » Il ressort de cette disposition qu'une femme mariée qui n'a que des biens n'ayant pas le caractère de propriété séparée, l'hypothèse peut notamment se présenter à la suite d'un contrat de mariage ou pour une femme mariée à une époque antérieure aux lois qui ont organisé le patrimoine séparé ; ne peut être mise en faillite si elle vient à cesser ses paiements. Ni la loi de 1883 sur les faillites, ni la loi de 1893 qui est venue préciser la loi de 1882 n'ont modifié cet article.

La femme allemande qui veut se livrer au commerce peut fort bien se passer de l'autorisation maritale ; le juge qui tient en Allemagne le registre des commerçants devra, sur sa simple demande, si elle est majeure, l'inscrire sans autre difficulté. Cette formalité une fois remplie, elle devra se plier aux obligations résultant de sa nouvelle qualité comme elle profitera des avantages qui y sont aussi attachés. Mais il se peut que les intérêts du ménage soient contraires à la détermination qu'elle a ainsi prise, et le chef de famille lui enjoindra, en vertu de son pouvoir de décision, d'avoir à cesser son commerce. Si elle résiste, l'affaire sera soumise au juge compétent ; le

mari parvient-il à prouver la justesse des motifs allégués : un jugement ordonnera la radiation du nom de la femme sur le registre des commerçants.

Une question se pose naturellement : que deviennent les intérêts des tiers dans les différentes situations où l'épouse commerçante peut se trouver vis-à-vis de son mari ? de toutes façons ils auront pu compter sur la capacité de la femme commerçante et verront toujours ses biens répondre des engagements contractés. Quant à ceux dont l'administration et la jouissance ont été confiés au mari par l'effet de la loi ou le jeu des conventions matrimoniales, ils constituent bien leur gage, mais il y a lieu de distinguer : le mari a-t-il fait une opposition formelle rendue publique suivant les formes prescrites par la loi, ou s'est-il borné à jouer un rôle passif ? Dans ces deux cas les actes de son conjoint ne sauraient réfléchir contre lui ; les droits des tiers ne pourront être exécutoires qu'après la dissolution du mariage. Le mari a-t-il, au contraire, donné une autorisation, dont ils ont pu se rendre compte, en consultant le registre matrimonial, ils verront les biens soumis à son action répondre des engagements de la femme.

Le droit helvétique, à peu près semblable sur notre matière au droit allemand, ne s'en différencie guère qu'au sujet de l'inscription de la femme sur le registre des commerçants ; il faudra, pour cette formalité, que soit auparavant intervenue l'autorisation, au moins tacite, de son conjoint.

En résumé, sur cette question de la femme commerçante, les progrès à accomplir ne porteront point sur l'exercice des droits civils, ils lui sont attribués dans la plus large mesure, mais au sujet de règles de forme qui sont du domaine purement commercial. Il est cependant un point très important que nous devons réserver : l'autorité du mari à l'égard de la volonté de sa femme désirant exercer le commerce ; il constitue un détail intéressant au sujet des effets du mariage relativement aux pouvoirs de chef de famille sur la personne de son conjoint, et nous le retrouverons dans une théorie générale des conséquences de l'union conjugale qui sont toutes plus ou moins solidaires les unes des autres.

CHAPITRE III

DE LA RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE DE LA FEMME MARIÉE.

La responsabilité contractuelle de la femme mariée soulève deux questions : celle du sort de ses actes, et celle de la publicité des conventions matrimoniales ainsi que des modifications qui peuvent intervenir au cours du mariage dans les rapports patrimoniaux entre époux. D'une part, il s'agit de savoir de quelles façons sa qualité de femme mariée influe sur la destinée d'un contrat, et jusqu'à quel point elle peut valablement représenter son mari sans un pouvoir exprès de celui-ci ; d'autre part, comment la loi protège la bonne foi des personnes qui sont en relations avec des gens mariés, puisqu'elles ne peuvent invoquer le principe que : « Les conventions ne nuisent ni ne profitent aux tiers. »

§ 1. — Du sort des actes des femmes mariées.

Sous l'empire de notre Code civil, le régime matrimonial adopté par les époux influe sensiblement sur le sort des actes que passe avec des tiers une femme mariée valablement autorisée. Est-ce la communauté ?

Non seulement les biens de la femme répondront de ses engagements, mais encore le patrimoine commun et celui

du mari, en vertu de cette règle que toute dette de la communauté est dette du mari. L'autorisation maritale donne donc ici une force toute particulière à l'exécution des contrats où la femme figure comme partie, en raison de la large garantie que les tiers sont en droit d'espérer.

Est-ce, au contraire, un régime exclusif de communauté ou une séparation de biens que les époux ont jugé préférables pour le règlement de leurs intérêts pécuniaires ? La responsabilité personnelle reprend alors toute sa force : l'assentiment du mari aux actes de son conjoint ne l'engage nullement et l'épouse devra supporter seule les charges qu'elle a assumées.

Quant au régime dotal, il se présente comme étant le plus désavantageux aux intérêts des tiers, outre qu'ils se heurteront à l'inaliénabilité des immeubles dotaux, ils devront se contenter, comme gage éventuel, des biens paraphernaux seulement ou des biens qui pourront advenir à la femme, après la dissolution du mariage. C'est du moins le système de la jurisprudence : la femme, d'après des décisions nombreuses et constantes, ne peut obliger sa dot, qu'elle soit immobilière ou mobilière, car elle n'en a pas moins sous ces deux qualités, le caractère d'inaliénabilité : ceci est discutable. Du reste, il faut tenir compte des exceptions légales à l'inaliénabilité du fonds dotal et que la jurisprudence, par voie de conséquence, prévoit pour la dot mobilière.

De ce rapide exposé, il ressort que les tiers ont tout avantage à ce que la femme soit mariée sous le régime de

communauté. Le bénéfice du droit commun leur sera même reconnu en vertu de leur bonne foi, lorsque les époux auront fait une fausse déclaration à l'officier de l'état civil chargé de la consigner dans l'acte de mariage, au sujet du régime matrimonial qu'ils ont adopté. La loi décide, en effet, dans l'article 1391, alinéa 4, du Code civil, que dans ce cas : « ... *la femme sera réputée, à l'égard des tiers, capable de contracter dans les termes du droit commun, à moins que, dans l'acte qui contiendra son engagement, elle n'ait déclaré avoir fait un contrat de mariage.*

Mais enfin, dans toutes ces hypothèses nous avons admis l'existence d'une autorisation maritale, et si le sort des contrats que des personnes ont passé avec des femmes mariées y est plus ou moins garanti quant à l'exécution, ils n'en ont pas moins le caractère obligatoire. Aussi n'est-ce pas là qu'est le véritable intérêt de la question, il réside dans les actes que l'épouse a jugés inutile de soumettre à l'approbation de son conjoint.

C'est d'abord l'instabilité des conventions de ce genre, où les intéressés ne sont jamais sûrs que leurs rapports contractuels avec les femmes mariées aboutiront définitivement. Sans doute, objectera-t-on, qu'il est de première prudence d'exiger une autorisation maritale, lorsqu'on se trouve avec elles en relations d'affaires, mais il se peut que des questions de convenances ou des circonstances de fait empêchent de le faire. Cette instabilité est encore aggravée de ce que ce n'est point seulement le mari, ou ses hé-

ritiers justifiant d'un intérêt pécuniaire, qui peuvent faire tomber l'acte en cause, mais encore la femme ou ses propres héritiers (1). Il arrivera donc que cette dernière changeant d'avis sur une première détermination, oppose son incapacité civile aux parties qui ont contracté avec elle, et c'est assurément choquant, si l'on songe qu'il est impossible aux tiers dans le doute où ils sont de l'exécution complète des engagements de la femme, d'invoquer aussi la nullité dont ces mêmes engagements sont entachés. Cette nullité, ajoutera-t-on, n'est pas absolue, et elle est soumise à une courte prescription, puisque l'action qui tend à la faire valoir n'est plus valable 10 ans après l'acte incriminé, au lieu d'être soumise à la prescription trentenaire du droit commun (2). Cette mesure n'a-t-elle pas été prise, malgré tout, dans un souci convenable des intérêts des tiers, en même temps que l'on songeait à appliquer fermement les principes en cause ? Une confirmation peut intervenir, expresse ou tacite, et les choses seront enfin nettement arrangées. La sollicitude de la loi n'a-t-elle pas aussi permis, en faveur des tiers, que la femme mariée de mauvaise foi qui a réussi par des manœuvres dolosives à les tromper sur sa qualité, ne puisse pas réclamer le bénéfice de l'action en nullité ? Certes, mais malgré toutes ces atténuations apportées à la rigueur des principes, il n'en est pas moins vrai que les tiers contractants ont à souffrir de cette pluralité de personnes appelées, le cas

(1) Art. 235, C. civ.

(2) Art. 1304, *ibid.*

échéant, à user de leur droit de faire tomber les actes de la femme. N'ont-ils pas, à côté de l'action possible de cette dernière, la volonté du mari qui, lorsqu'elle ne se confond pas avec celle-ci, reste menaçante sur l'éventualité du maintien des contrats.

D'autre part, si la nullité a été constatée par le tribunal compétent, qui doit toujours le faire quand il est régulièrement saisi, les choses ne sont pas remises en l'état où elles devraient être en admettant que le contrat n'ait jamais existé. La femme, dans un but de protection très apparent, n'est tenue de restituer que dans la mesure de l'enrichissement qui résulte pour elle des conventions qu'elle a indûment consenties (1). On voit ici combien, dans certains cas, les tiers peuvent avoir à souffrir dans leurs intérêts d'une semblable règle.

Enfin, pour terminer cette énumération de désavantages qu'ont à supporter les personnes ayant contracté avec la femme non autorisée, disons que la ratification de justice qui interviendrait pour un acte ainsi conclu ne pourrait pas à elle seule le rendre inattaquable, il resterait quand même au mari le droit d'exercer l'action en nullité. Dans un autre ordre d'idées, mais toujours à propos de l'intervention judiciaire, l'autorisation de justice ne pourrait pas non plus, dans le régime de communauté, engager le patrimoine commun comme le ferait un simple assentiment marital (2).

(1) Art. 1312, C. civ.

(2) Art. 1426, C. civ.

Le Code ne s'est départi de sa rigueur systématique, que pour reconnaître la validité des actes que font les femmes mariées relativement à l'administration de leurs biens propres. Dans ces modestes limites le sort de leurs actes ne saurait être équivoque, et les tiers pourront traiter de confiance.

Mais à tout ce système de droit commun, deux modifications importantes ont été apportées :

La théorie jurisprudentielle du « mandat tacite » ;

La liberté des contrats passés par les femmes mariées qui peuvent se prévaloir des dispositions de la loi du 13 juillet 1907, relative à leur libre salaire et à la contribution des époux aux charges du ménage.

Le rôle ordinaire de la femme est généralement de consacrer son activité au ménage et à toutes choses intéressant la vie courante conjugale ; aussi la jurisprudence a-t-elle considéré qu'il convenait de lui reconnaître le droit de s'occuper librement de tous les détails qui touchent à l'économie domestique. Conserver ici l'obligation de recourir à chaque instant à l'autorisation maritale eût été, au point de vue pratique, une solution ridicule sinon impossible, elle a donc présumé l'existence d'un mandat tacite de la part du mari pour toutes les dépenses de sa compagne relatives à la nourriture, à l'habillement des membres du foyer, à l'instruction des enfants et autres frais de la sorte. En cas de litige, les juges auront comme éléments d'appréciation la fortune, la situation et le train de vie que mènent les époux.

Quant aux tiers, ils pourront se prévaloir de la validité de semblables actes et en considérer le mari comme responsable tant que celui-ci n'aura pas, par des moyens de publicité efficace, — journaux, notifications individuelles, — décliné cette responsabilité qu'il encourt quel que soit le régime matrimonial.

En supposant que le chef de famille soit en droit de méconnaître les contrats passés par son conjoint dans les conditions que nous venons de voir et qu'il n'y ait pas de faute lourde de la part des tiers contractants, ceux-ci n'en devront pas moins se résigner à abandonner toute idée de recours subsidiaire contre la femme. (Hâtons-nous de dire que dans ce domaine d'équité, de bonne foi, c'est plutôt pour suivre l'application d'un principe que nous avons soulevé cette hypothèse, que pour prévoir un fait). Il faudrait que les intéressés puissent prouver qu'il s'agissait tout aussi bien d'un acte d'administration relatif à la fortune propre de la femme : moyen aléatoire et difficile à faire valoir.

L'exception à laquelle nous arrivons maintenant est très importante : Voici la force obligatoire attribuée à de très nombreuses conventions, qui auparavant étaient annulables, et réalisée une grande concession au principe de la liberté des conventions. La loi du 13 juillet 1907 donne, pourvu que ce ne soit pas à titre gratuit, de très larges pouvoirs de contracter relativement à leur patrimoine réservé, à toutes les femmes qui exercent leur activité indépendamment de celle de leur mari, et quelle que soit la

forme que revête cette activité. Il leur suffira de l'établir par un acte de notoriété ou par tout autre moyen qu'indiquera la convention.

Avec l'ancien régime, il arrivait souvent, par suite de la communauté entre époux, que le crédit du mari fortifiait l'engagement de la femme ; actuellement le patrimoine réservé constitue seul le gage de ses créanciers. Le chef de famille, dans les cadres de la nouvelle loi, est donc devenu étranger aux engagements de son conjoint, à moins qu'il n'y ait une application du mandat tacite, c'est-à-dire que les créanciers aient traité dans l'intérêt du ménage, mais il faudra qu'ils le prouvent, ou bien qu'il y ait eu assentiment de sa part aux actes de sa compagne, dont l'effet n'est ici que de se constituer garant sur le patrimoine commun.

Nous avons déjà dit que cette capacité nouvelle de la femme est subordonnée à une condition : sa bonne gestion des biens réservés. Les tiers feront bien d'y songer pour l'avenir : il n'est pas sûr que la femme conservera ses pouvoirs, si sa conduite à cet égard laisse à désirer.

Il ne serait pas juste de dire que les créanciers de la femme peuvent toujours compter sur l'intégralité des biens réservés, comme gage. Il se peut, en effet, que les créanciers du mari viennent en concours avec eux : la loi le décide lorsqu'ils ont contracté avec ce dernier dans l'intérêt du ménage, et qu'ils auraient dû antérieurement à la loi de 1907, trouver les biens réservés entre les mains du mari. Cette mesure s'explique parfaitement, il est naturel de consolider le droit de ces créanciers même au préjudice de

ceux de la femme, car ils ont contracté dans l'intérêt du ménage et elle y a trouvé son avantage, il est donc juste qu'elle contribue dans une certaine mesure, et de la sorte, à l'exécution de telles obligations, en raison du profit qu'elle en a retiré (1).

En Italie on trouve d'assez nombreuses hypothèses où la femme mariée peut contracter librement et engager sa pleine responsabilité. Le Code de 1865 lui restitue, en effet, sa capacité lorsque les circonstances la privent du concours du chef de famille ; même pendant le cours du mariage, il admet qu'elle puisse bénéficier d'autorisations maritales générales, d'où résultent pour elle les plus larges pouvoirs. De plus, l'article 134 n'exige pas, d'une façon aussi absolue que notre loi, la nécessité d'une approbation du mari pour tous les actes civils que veut passer la femme. Nous sommes donc en présence, dans le droit italien, de multiples contrats dont le sort ne saurait être douteux, contrairement à ce qui se passe en France.

En laissant de côté ces mesures libérales qui ne souffrent aucune difficulté, et dont le mérite n'est plus à démontrer, il nous faut maintenant étudier les hypothèses opposées, celles où l'incapacité de la femme est en jeu, et où des tiers sont intéressés. Le Code italien, à ce sujet, n'a guère fait qu'adopter la théorie française de la nullité des actes non autorisés du chef de famille, et nous allons retrouver ici les deux principaux inconvénients qu'elle comportait :

(1) V. au sujet du sort des actes de la femme qui peut se prévaloir de la loi de 1907 : art. 3 et art. 4.

Instabilité de ces conventions ; car toutes les fois que des nullités pourront être proposées, il appartiendra non seulement au mari, dont on a méconnu l'autorité, mais encore à la femme et aux héritiers de celle-ci, de faire tomber les actes incriminés. Mais d'où vient que la loi italienne ne donne pas ce droit aux héritiers du mari ainsi que dans notre Code civil (1) ? La raison qui en est toute accidentelle, résulte de la différence des régimes matrimoniaux de droit commun dans les deux pays : tandis que dans notre communauté, on entrevoit très bien les intérêts possibles des héritiers du mari, lors de sa dissolution ; en Italie le régime dotal et la séparation de biens ne leur donnent pas un avantage tangible, semblable.

L'annulation des contrats, où la femme a été indûment partie, lui permet de ne restituer que dans la mesure dont elle s'est enrichie, et les tiers contractants ne se verront rembourser qu'en fournissant la preuve qu'ils ont tourné à son profit (2).

Cependant le droit italien est peut-être plus désireux que notre Code civil de limiter en durée l'instabilité des conventions sujettes à la nullité, l'action en est éteinte au bout de cinq ans (3), laps de temps relativement court. Par contre, il est un cas où le législateur italien s'est montré assez sévère pour les tiers, il exige que l'acte de confirmation ou ratification expresse d'un acte annulable con-

(1) Art. 1337, C. civ. ital.

(2) Art. 1307, *ibid.*

(3) Art. 1300, *ibid.*

tienne : « *la substance de la même obligation, le motif qui la rend viciieuse et la déclaration qu'on entend rectifier le vice* » (1) sur lequel l'action en nullité est fondée. Ainsi l'expression de la volonté pure et simple de ratifier ne suffirait pas, il faut qu'on fasse revivre l'acte, qu'on se rende bien compte du vice qui l'affecte et qu'on ne l'approuve que *cognita causa* ! C'est d'un formalisme peut-être exagéré.

Nous ne pouvons quitter le Code civil italien, sur le sujet qui nous occupe actuellement, sans signaler deux différences qu'il consacre par rapport à notre droit, relativement aux tiers contractants qui se trouvent en présence d'une femme dotale.

Dans notre droit français, l'inaliénabilité du fonds dotal ne peut être modifiée au cours du mariage en faveur des créanciers de la femme, et la jurisprudence, en admettant l'inaliénabilité de la dot mobilière, ne permet pas non plus que ceux-ci puissent la saisir. Ce sont des règles rigoureuses auxquelles la loi n'a prévu qu'un nombre restreint d'exceptions, dont l'énumération est limitative (2).

En Italie les principes sont moins sévères, et il nous suffira pour l'apprécier de suite de lire l'article 1403 du Code civil italien : « *Hors le cas prévu dans l'article précédent (c'est-à-dire l'inaliénabilité permise par le contrat de mariage), la dot et les droits dotaux de la femme ne peuvent être aliénés ou hypothéqués pendant le mariage en faveur*

(1) Art. 1309, al. 1. C. civ. ital.

(2) Art. 1555, 1556, 1558, 1559, C. civ.

de qui que ce soit, et ces droits ne peuvent être non plus réduits ou restreints que du consentement du mari et de la femme et au moyen d'une ordonnance du tribunal qui peut en donner l'autorisation dans le cas seulement de nécessité ou d'utilité évidente. » Les biens dotaux sont donc inaliénables, qu'il s'agisse de l'actif dotal immobilier ou mobilier (1), mais l'autorisation de justice pourra, du consentement des époux, et toutes les fois qu'il y aura utilité évidente, ce qui laisse un pouvoir discrétionnaire d'appréciation aux tribunaux, porter atteinte à ces règles, alors que dans notre droit le juge ne pourrait statuer que sur des cas strictement prévus par le Code civil.

L'autre différence est encore beaucoup plus importante. L'incapacité dotale, d'après la doctrine française, est bien à proprement parler une incapacité ; elle s'ajoute à celle du droit commun. Tous les actes de disposition que fait la femme relativement à ses biens dotaux sont nuls ou annulables (sauf les exceptions prévues par la loi), peu importe qu'ils aient été autorisés par le mari. A la dissolution du mariage ils sont toujours viciés et ne perdent cette qualité qu'avec la prescription de l'action en nullité, qui aurait pu être intentée contre les tiers intéressés, ou par la ratification qui est intervenue en leur faveur, de tels engagements de la femme ne sont donc pas, en règle générale, exécutoires après la rupture du lien conjugal. En droit italien le principe est tout autre : il n'y a pas d'incapacité dotale

(1) La loi italienne ne laisse donc pas comme notre loi un doute d'interprétation à ce sujet.

mais une « indisponibilité » des biens dotaux pendant la durée de l'union conjugale. Il en résulte que les engagements de la femme sur ces biens, en supposant que l'incapacité de droit commun ne soit pas en cause, sont valables mais exécutoires seulement à la dissolution du mariage. On voit tout l'intérêt qui résulte pour les tiers de cette divergence de vues dans les deux législations.

Nous n'avons rien de particulier à signaler à l'égard du mandat tacite. La jurisprudence italienne est, sur les points principaux de cette théorie, inspirée des mêmes conceptions que notre doctrine française.

Il est nécessaire de reprendre maintenant le développement du droit anglais spécialement en ce qui touche la capacité de contracter de la femme mariée et les rapports qui la lient aux tiers. Cette évolution est très curieuse par l'enchaînement méthodique de dispositions législatives qui représentent plutôt l'élargissement d'une solution pratique, que l'avènement de principes nouveaux.

Lorsque fut votée la loi du 9 août 1870, la jurisprudence anglaise ne voulut pas reconnaître qu'elle comportait, même dans des limites restreintes, un pouvoir propre de contracter en faveur de la femme ; ç'eût été renverser les principes, faire de l'exception la règle et inversement. Ce n'est pas abstraitement que la liberté de la femme devait être envisagée, il convenait simplement de la considérer comme apte par ses conventions à engager ses biens séparés. En un mot, il s'agissait pour elle d'une capacité réelle et non personnelle. Pour tous les autres actes, il fallait

que fût mise en cause la personnalité du mari, la seule qui puisse compter dans l'union conjugale, car elle absorbe celle de son conjoint.

Il y avait cependant des cas exceptionnels où la femme reprenait sa pleine liberté, c'était comme conséquence de l'indignité du mari ou en vertu du « *Divorce act* » de 1857, lorsqu'il l'avait abandonnée et que le juge, après avoir constaté cet abandon, lui rendait par une ordonnance la maîtrise d'elle-même. La femme commerçante, d'après la coutume, bénéficiait aussi de cette faveur.

Quand des tiers, sous l'empire de la loi de 1870, contractaient avec des femmes mariées, ils le faisaient sur le fondement tacite et conditionnel que l'exécution du contrat serait en raison directe de la valeur du patrimoine séparé existant actuellement, et qui doit leur servir de gage. Mais que ces biens séparés fassent défaut au moment de la convention : ils n'auront aucun moyen de poursuivre utilement la femme. Bien plus, si cette dernière est de mauvaise foi, qu'elle allègue ne pas avoir de biens séparés et n'avoir pas, par cela même, consenti à les engager, ce sera aux créanciers à faire la preuve contraire. Leur situation était donc désavantageuse à trois points de vue :

- 1° Aléa de l'exécution présente des obligations ;
- 2° Aucun espoir d'agir efficacement par la suite ;
- 3° Fardeau de la preuve.

La loi du 18 août 1882 réalisa deux réformes radicales. Tous les biens séparés présents ou futurs répondront désormais des engagements de la femme : or la garantie des

créanciers se trouve non seulement fortifiée de ce fait, mais encore parce que la présente loi considère comme biens séparés tout ce que possède la femme au moment du mariage et ce qu'elle acquiert par la suite. D'autre part, c'est à elle d'administrer la preuve qu'elle ne voulait pas engager ses biens séparés, preuve aussi délicate en cas de doute qu'elle l'était pour les créanciers qui, sous la loi de 1870, voulaient établir le contraire.

Les tiers sont donc maintenant très protégés et la stabilité de leurs conventions avec les femmes mariées, s'affirme comme jouissant de la force obligatoire des contrats licites de droit commun. Le contrat de mariage seul, et notamment la clause de « *restraint on anticipation* » viendra limiter les conséquences de nos mesures législatives, pourvu que les époux aient observé la bonne foi désirable en pareil cas.

Il peut sembler qu'après les réformes de 1870 et de 1882, il n'y eût plus rien à faire au sujet de la femme ! Cependant une loi du 5 décembre 1893 vint encore affirmer sa responsabilité absolue : l'article 1^{er} dit que « *tout contrat fait par une femme mariée, autrement qu'à titre de mandataire, sera considéré comme fait par elle à l'égard de ses biens séparés et comme grevant ces biens, peu importe si, au moment du contrat, elle possède par le fait des biens séparés ou non.* » Ce qui veut dire que, dorénavant, il sera défendu à la femme mariée d'administrer la preuve qui lui incombait sous la loi de 1882 sur le fait d'avoir voulu ou non engager ses biens réservés. Les tiers auront donc le

droit de réclamer le bénéfice de cette présomption *juris et de jure*. De ce fait les engagements de la femme mariée rejailliront sur tous ses biens, qu'ils aient ou non le caractère de propriété séparée, par exemple, sur ceux qui pourraient lui advenir après la dissolution du mariage.

Mais alors cette capacité réelle dont nous avons parlé au sujet de la loi de 1870, est devenue une capacité personnelle avec la loi de 1893 ? Il nous semble pourtant que « sentimentalement », si nous pouvons ainsi exprimer notre pensée, le vieux principe du défaut de personnalité de la femme mariée reste comme une ombre dans le droit britannique. Les juristes anglais considèrent malgré tout que la femme n'est toujours capable que *propter rem*, et que malgré l'assimilation que les lois de 1882 et de 1893 ont voulu faire entre les femmes mariées et celles qui ne l'étaient pas, il y a certaines dispositions législatives particulières qui subsistent en faveur de cette interprétation. C'est ainsi que la loi sur les débiteurs de 1869, pose cette règle que, pour qu'une femme mariée commerçante soit mise en faillite, il faut qu'elle ait des biens séparés, outre la condition d'exercer un commerce distinct de celui de son mari, et que la loi de 1882, ainsi que nous l'avons vu (1), a ratifié cette mesure qui nous paraît une anomalie avec notre conception romaine du droit.

La présomption de mandat tacite qu'admet la jurispru-

(1) V. *infra*, p. 88.

dence anglaise, est moins forte que celle reconnue par les tribunaux français ou italiens. Les tiers, sans doute, ont tout lieu de croire, lorsque les époux vivent en commun, qu'il existe dans leurs rapports un mandat exprès ou tacite, mais enfin le mari pourra alléguer le contraire et le justifier : Ce faisant, il dégagera sa responsabilité. Mais pour cela il faut une condition, c'est que les agissements de la femme n'aient pas semblé aux tiers la suite directe de pouvoirs donnés par le mari ou tout au moins une tolérance de sa part, il faudrait, dans ce cas, une notification individuelle aux intéressés, qui n'aurait d'effets que dans l'avenir. Toutes les fois que le mari, pour une raison ou pour une autre, pourra leur opposer une fin de non-recevoir valable, la femme sera personnellement responsable.

Nous ne reviendrons pas sur les limites du mandat tacite, il s'agit toujours des besoins courants du ménage et ce n'est que dans cette mesure que la femme fera des actes valables à l'égard de son conjoint responsable. Cependant la jurisprudence anglaise n'a pas craint de décider que lorsque le mari se conduit mal ou qu'il a abandonné sa femme, il serait tenu de supporter les frais de certaines choses absolument nécessaires à sa compagne : vêtements, nourriture, soins médicaux. C'est en somme un mandat forcé ; cette solution repose sur des motifs d'équité indiscutables.

Ce n'est pas dans le Code allemand de 1900 que l'on peut douter de la capacité personnelle de la femme mariée

pour les actes de la vie civile. Son pouvoir propre de contracter, activement ou passivement est en dehors des conventions matrimoniales en tant que pouvoir inhérent à la personne. En droit, ses actes sont parfaits, inattaquables, pourvu qu'ils réunissent les conditions de validité de tout contrat. Leurs effets cependant peuvent être restreints par les conséquences du régime légal ou d'un contrat de mariage, mais ils reprendront toute leur force au jour de la dissolution de l'association conjugale, car c'est à ce moment que les tiers pourront jouir de toutes les garanties représentées par la fortune intégrale de la femme qui doit servir de gage à ses créanciers.

En d'autres termes, d'après les principes généraux du droit allemand sur notre sujet, la faculté de contracter dont jouit la femme mariée allemande est en quelque sorte inaliénable, mais si tous les contrats où elle est partie, engagent sa responsabilité, s'ils sont toujours obligatoires pour elle, les tiers peuvent se heurter à des conditions du régime de biens entre époux qui paralysent leur action ou subir de ce fait des retards quand les biens réservés de la femme sont actuellement insuffisants pour assurer leur exécution.

Il faut donc que les droits du mari sur la fortune de l'épouse soient respectés : le bien d'apport, le bien dotal, la part éventuelle de communauté de la femme ne répondront de ses engagements que lorsque les liens de l'association conjugale seront brisés, à moins qu'il ne s'agisse d'actes illicites, car ils en répondraient de suite. D'autre

part, les contrats qu'elle a pu passer sans observer la règle que nul ne peut transmettre plus de droits que ceux dont il dispose, n'auront d'effets que dans la mesure de cette règle. Mais de toutes façons, « *La femme n'a pas besoin de l'assentiment du mari pour les actes juridiques par lesquels elle s'oblige à une prestation* » ainsi s'exprime l'article 1399, alinéa 1 (1).

Ce ne veut point dire que l'autorisation maritale soit absolument inutile, il est au contraire possible au mari de fortifier par ce moyen le crédit de sa compagne. Son assentiment aurait pour effet de rendre immédiatement exécutoires sur les biens de son conjoint soumis à son action les engagements qui en ont bénéficié. Du reste, en cas de péril en la demeure (2), si le mari est malade ou absent, ce résultat se manifesterait de pareille sorte pour tous les actes de la femme agissant seule, à moins qu'il n'y ait un gérant nommé par le mari, et qui aurait qualité pour apprécier les événements. Si la femme, dans ce dernier cas, ne respectait pas ces conditions, elle risquerait de voir son mari critiquer utilement plus tard les actes dépassant l'administration ordinaire, et obtenir du juge de tutelle de ne pas être atteint personnellement par les agissements de son conjoint.

(1) Toutefois la prestation qui concerne la personne elle-même de la femme fait exception à cette règle, ainsi que nous l'avons déjà noté. Car ce n'est plus sa capacité qui est en cause, mais les nécessités du mariage.

(2) Le Code civil allemand n'exige pourtant pas dans le régime d'administration et de jouissance, cette *ultima ratio*.

A côté de cette capacité personnelle, la femme mariée allemande jouit d'une faculté légale d'obliger son mari dans certains cas. C'est ce qu'on appelle en Allemagne la « *Schlüsselgewalt* » par tradition, par habitude et parce que cette expression pittoresque convient encore très bien au rôle que joue l'épouse au foyer conjugal. Nous avons déjà trouvé les conséquences de ce « pouvoir des clefs » dans l'article 1337 du Code civil allemand, « *dans la sphère de son action domestique la femme a le droit de prendre soin des affaires du mari et de le représenter. Les actes juridiques qu'elle fait dans ces limites sont censés faits au nom du mari, à moins que le contraire ne résulte des circonstances* ». Voilà un texte de loi qui ne permet pas aux tribunaux allemands de ratifier l'arbitraire du mari, contre lequel la jurisprudence française est liée, si les conditions de publicité voulues ont été observées. Ce reproche, du reste, peut être fait au droit italien et anglais. Le résultat pratique est que les tiers ne tiendront pas compte des entraves apportées par le mari à l'exercice de la *Schlüsselgewalt* par sa compagne, s'ils ont les éléments nécessaires pour apprécier qu'il commet un abus du droit. Ils savent que le tribunal de tutelle décidera que les rapports légaux ne peuvent pas être ici faussés par la mauvaise foi du mari. Mais si tout arbitraire sur le fait même de l'existence du mandat est impossible en droit, les appréciations concrètes et relatives n'en seront pas moins utiles à la jurisprudence pour déterminer ses limites, car la sphère d'action domestique est infiniment extensible suivant la

situation matérielle des personnes. Toutefois elle doit se préoccuper avant tout d'établir : 1° si l'acte de la femme rentre dans cette sphère d'action domestique ; 2° si les circonstances ne viennent pas à l'encontre de l'idée que la femme représente son conjoint ; ces deux conditions, réunies à l'exercice licite et raisonnable des pouvoirs de la *Schlüsselgewalt* par la femme, donnent au mandat légal toute la force qu'il tire de sa source ; le mari devient, même malgré lui, débiteur ou créancier personnellement.

Mais quelles circonstances sont incompatibles avec le pouvoir de représentation attribué à la femme ? Peut-être a-t-elle manifesté sa volonté, expressément, de limiter à sa personne les effets d'un contrat ; ou bien les époux séparés en fait, n'entretiennent plus de rapports. C'est encore le mari qui n'a pas de fortune personnelle alors qu'il est de notoriété publique que son conjoint jouit d'une aisance qui, à elle seule, alimente pécuniairement le foyer conjugal. Enfin le mari qui ne commet pas un abus de droit peut restreindre en totalité ou en partie la *Schlüsselgewalt*, et pour que la foi des tiers ne soit pas surprise, il prend soin de rendre publique cette détermination.

Malgré le principe de la pleine capacité de la femme mariée suisse, le sort de ses actes se ressent beaucoup plus profondément des régimes de biens adoptés par les époux qu'en droit allemand. Sans doute dans de nombreux cas le patrimoine intégral de la femme répond toujours et immédiatement de ses actes ; le cas se produit notamment dans la séparation de biens, c'est là un de ses effets nor-

maux, mais il en est encore ainsi indépendamment de la question de ce régime matrimonial : toutes les fois que le mari a donné son autorisation aux actes de son conjoint ; pour les dettes que la femme a contractées en faveur de celui-ci avec l'autorisation tutélaire ; pour les dettes qu'elle a assumées dans l'exercice régulier d'une profession ou d'une industrie ; pour les dettes qui grèvent les successions qui lui sont échues avec l'autorisation de son conjoint ; et enfin pour la responsabilité résultant de ses actes illicites (1).

Par contre la femme soumise au régime légal ou l'épouse commune en biens ne sont tenues que jusqu'à concurrence de leur patrimoine réservé pendant et même après le mariage.

Lorsqu'elles ont contracté sous cette condition, le Code suisse aurait pu se dispenser de le dire !

Lorsqu'elles ont contracté sans autorisation du mari, indépendamment des cas déjà cités.

Lorsqu'elles ont contracté en outrepassant leur droit de représenter l'union conjugale (2).

Le sort de ces contrats est donc limité au grand préjudice de l'intérêt des tiers contractants, au gage fourni par le seul patrimoine réservé, dont la composition dans le Code civil suisse est beaucoup plus restreinte qu'en droit allemand, puisqu'il n'est pas aussi largement alimenté par certaines acquisitions de la femme.

(1) Art. 207 et 220, C. civ. suisse.

(2) Art. 208 et 221, *ibid.*

Sous l'empire de la nouvelle législation civile helvétique, les tiers savent qu'ils ne trouveront jamais devant eux que trois types principaux de régimes matrimoniaux, auxquels toutes les conventions des époux doivent se rapporter. Pratiquement ils pourront donc se rendre compte exactement, et très vite, de la mesure dans laquelle ces trois régimes influenceront sur leurs rapports avec les gens mariés. De plus ils n'auront pas à subir le préjudice de l'indisponibilité dotale que le législateur helvétique a tenu à écarter absolument (1). Quant aux conventions postnuptiales, elles ne leur seront pas opposables et l'immutabilité des contrats ne sera rompue que dans le cas d'une séparation de biens judiciaire ou de la faillite de l'un des époux. La cessation des paiements de l'un des époux d'où résulte pour les créanciers de l'autre un préjudice, détermine en effet de plein droit, ainsi qu'en Allemagne, la séparation de biens entre les conjoints comme régime légal. En droit français, les tiers sont moins énergiquement protégés, mais ils ont la faculté, jusqu'à concurrence du montant de leurs créances, d'exercer les droits de la femme de demander une séparation de biens judiciaire (2).

En ce qui concerne les actes de la femme qui obligent le

(1) Dans le droit allemand, contrairement au droit helvétique, le régime dotal n'étant pas prohibé, les créanciers de la femme pourront très bien exiger d'elle comme condition de leurs rapports contractuels, qu'elle s'arrange avec son mari pour modifier les clauses matrimoniales qui consacrent entre eux la dotalité, les contrats postnuptiaux étant possibles en Allemagne.

(2) Art. 1446, C. civ.

chef de famille, on ne peut pas vraiment dire qu'il y ait dans le Code civil suisse, un mandat légal de le représenter comme dans le Code allemand de 1900.

L'association conjugale a besoin d'être représentée ; suivant les circonstances, c'est par le mari ou par sa compagne. Cette représentation est donc un pouvoir propre que les époux puisent dans la loi et il ne s'agirait donc pas d'une présomption de mandat, tacitement consenti à la femme par son conjoint, qui a été érigée en disposition positive.

Il est tout naturel que dans les cas graves ou lorsqu'il est question d'intérêts communs importants, ce soit le chef de famille qui ait normalement qualité pour parler et traiter, au nom de l'union conjugale.

Quant aux intérêts ordinaires, il y a lieu de faire une distinction : il en est qui sont du ressort du mari, de par les usages, les convenances, ou les commodités ; d'autres au contraire appartiennent au rôle de la femme, et ce sont ces derniers que la loi appelle d'une façon générale « les besoins courants de ménage ».

Mais, tandis que dans la représentation de l'union conjugale le mari s'oblige personnellement, sa compagne, dans son domaine d'activité ménagère, engage la seule responsabilité du chef de famille « *en tant qu'elle n'excède pas ses pouvoirs d'une manière méconnaissable pour les tiers* (1) ». C'est ce qui explique indépendamment de l'idée de mandat, que le mari, chef de l'union conjugale, puisse, en vertu de

(1) Art. 163, C. civ. suisse.

son autorité, lui retirer légitimement son pouvoir de représentation, parce qu'elle s'est montrée incapable, ou qu'elle a abusé de sa liberté à cet égard. Ajoutons qu'en cas d'insolvabilité du mari, elle répondrait sur tous ses biens, subsidiairement, des engagements ainsi conclus.

§ 2. — Publicité des contrats de mariage et autres actes intéressant les rapports des femmes mariées avec les tiers.

Pour que les tiers qui ont traité avec des femmes mariées ne puissent pas se retrancher derrière les dispositions du droit commun au sujet du sort de semblables conventions, autrement dit pour que l'on puisse leur opposer les contrats de mariage et leurs clauses particulières, il faut que les époux aient eu soin d'observer les règles de publicité prescrites à cet égard.

Nous en trouvons la matière dans une loi du 18 juillet 1850 qui est venue combler le silence du Code civil sur cette importante question (1).

Lorsque l'officier de l'état civil rédige après la célébration de mariage l'acte qui la constate, il demande aux époux s'ils ont fait un contrat. Est-ce une réponse négative ? Il se borne à la mentionner. Est-ce une réponse affirmative ? Les époux devront alors lui remettre le certificat que le notaire leur a délivré en vue de cette formalité et qui men-

(1) Une loi du 17 août 1897 exige que mention soit faite sur l'acte de naissance d'une personne de son mariage, elle a donc permis aux tiers de se rendre plus facilement compte de l'état des personnes.

tionne avec son intervention le siège de son étude, son nom et son adresse.

Deux solutions vont donc se présenter au sujet des tiers contractants. Les actes de l'état-civil étant publics, ils pourront facilement se rendre compte, par la lecture des registres ou la délivrance d'extraits, si les conjoints sont mariés sous l'empire du droit commun. Ils n'ont pas à s'inquiéter d'une fausse déclaration à ce sujet ; ainsi que nous l'avons vu, ils en bénéficieront. L'acte de mariage indique-t-il au contraire qu'il y a eu contrat : ils trouveront avec cette allégation l'adresse du notaire qui a instrumenté et lui demanderont un extrait de ses minutes, qui devra, pour ne pas l'exposer à des dommages et intérêts au profit des intéressés, donner une relation exacte des conventions matrimoniales et des contre-lettres qui ont pu les compléter ou les modifier.

Il est cependant un cas où la situation des tiers n'est pas protégée contre le manque de publicité, c'est lorsque l'officier de l'état-civil a omis d'interpeller les époux pour leur demander s'il a été fait un contrat de mariage. La loi n'a pas voulu qu'ils puissent souffrir de cette négligence et a préféré qu'elle retombât sur les tiers.

Ce système a de graves inconvénients : il n'est pas pratique. Il est nécessaire de faire des recherches d'état-civil difficiles parfois, et ces démarches une fois faites, d'autres sont encore indispensables auprès des notaires qui ont reçu les contrats ; il en résulte des longueurs et des frais.

Il faut aussi que les tiers soient renseignés sur les divers événements susceptibles d'atteindre le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, et c'est pourquoi il faut leur rendre opposables par voie de publicité : les instances de séparation de biens ; les jugements qui les prononcent et ceux qui statuent sur une séparation de corps ; leur cessation par la reprise de la vie commune et par l'accord des conjoints. Nous savons que dans ces deux derniers cas ils doivent revenir à leur régime matrimonial initial et sans modification, et que le ministère d'un notaire est de rigueur. Cependant la femme séparée de corps et qui veut se réconcilier avec son mari peut garder, sur son désir, le bénéfice de la simple séparation de biens.

Pour tous ces actes de la vie conjugale qui intéressent les personnes en relations d'affaires avec les époux, le système de publicité est plutôt empirique : affichage dans la salle principale du tribunal de première instance du domicile des époux, dans celle du tribunal de commerce et dans les chambres d'avoués et de notaires.

Le Code italien de 1865 est resté muet sur la publicité des contrats de mariage, toutefois il exige qu'ils soient passés devant notaire. De même, un acte public serait nécessaire pour l'autorisation générale que donne le mari à son conjoint au sujet de tout ou partie des actes énumérés par l'article 134, ce qui est vrai pour l'autorisation l'est pour sa révocation. D'autre part, les jugements de séparation de biens sont affichés dans les salles principa-

les du tribunal de première instance qui les a prononcés, par les soins du greffier.

Il n'existe, en Angleterre, aucun système de publicité pour les contrats de mariage, et des conditions de formes spéciales ne leur sont même pas imposées : ce sont des conventions de droit commun tout simplement. Cet état de choses dérouté nos idées les plus élémentaires sur ce sujet, et une question se pose naturellement : comment sont alors régis les rapports contractuels entre les tiers et les femmes mariées ?

Il faut, en première ligne, écarter une situation qui ne soulève aucune difficulté : si la femme leur a fait connaître le *settlement* qui est intervenu pour le règlement des intérêts pécuniaires dans l'association conjugale, ils agissent en connaissance de cause et acceptent ou non la condition qui vient ainsi grever leur engagement : c'est-à-dire qu'ils abandonnent l'idée de contracter, parce qu'ils trouvent qu'ils n'y ont plus intérêt ou bien ils en admettent les conséquences occasionnelles.

Mais ils peuvent ignorer le contrat de mariage et cela pour deux raisons.

Peut-être ont-ils négligé de se renseigner sur ce point auprès de la femme, et elle s'est abstenue de les prévenir que ses pouvoirs étaient limités. Ils sont en faute, car une personne passablement diligente n'aurait pas commis cette maladresse ; ils pourront donc simplement demander la résiliation du contrat à la justice qui aura un pouvoir discrétionnaire pour leur donner satisfaction, sinon ils de-

vront se contenter des mesures d'exécution restreinte que les circonstances leur permettent.

Les mensonges de la femme, ses manœuvres dolosives, ont pu inciter les tiers à traiter et il ne faut pas que leur bonne foi en supporte les conséquences, car ce serait contraire à la plus simple équité, aussi ont-ils la possibilité, suivant leurs intérêts, de maintenir le contrat ou de le faire tomber. Dans ce dernier cas ils auront droit à une indemnité pour le préjudice que leur a causé la fraude de la femme. S'il n'y a pas eu entente entre les parties, le créancier opposera une *exceptio doli* à l'action que la femme lui intenterait pour l'exécution du contrat et il fera, grâce à cette exception, prononcer la résiliation de l'engagement par les tribunaux. Il pourra s'appuyer, pour faire éclater sa bonne foi, sur des présomptions et sur la preuve testimoniale.

En somme le *settlement* sera toujours respecté, mais le délit de la femme de mauvaise foi sera puni par des dommages et intérêts indépendamment de la résiliation du contrat. C'est ainsi que le droit anglais a concilié les exigences du mariage avec les règles du droit commun.

Nous pouvons incidemment remarquer qu'il y a une publicité foncière organisée en Angleterre par les lois de 1875 et de 1897 et que les clauses des *settlements* relatives à la propriété immobilière sont soumises à l'application de ces lois. Mais jusqu'ici, la portée très restreinte de ces mesures législatives dont l'effet ne se fait guère sentir

que pour la seule cité de Londres et d'une façon très partielle, est plutôt théorique (1).

Le système de publicité réelle a prévalu en Allemagne et en Suisse et il existe dans ces deux pays un registre matrimonial qui contient toutes les informations utiles au crédit des gens mariés.

En Allemagne (2) ce registre se trouve dans chaque tribunal de bailliage, et c'est dans le ressort de cette juridiction, où est situé le domicile du mari, qu'il faut s'adresser pour consulter les renseignements au sujet de personnes déterminées. C'est un juge de ce tribunal qui est chargé de recevoir, au fur et à mesure qu'elles se présentent, les inscriptions qui doivent y figurer ; son rôle ne se borne pas à la tenue du registre, il lui est encore recommandé de rendre publiques par la voie d'un journal local d'annonces légales les mentions qui lui parviennent. Cette dernière formalité n'a du reste qu'une signification toute pratique et son omission n'aurait en droit aucun effet.

En principe il faut que les deux conjoints réquisitionnent ensemble pour l'inscription des actes juridiques qu'ils veulent rendre opposables aux tiers, mais ce principe reçoit de larges atténuations.

C'est ainsi que pour les conventions matrimoniales et les contrats postnuptiaux qui sont venus les étendre, les restreindre ou les supprimer, les époux peuvent individuellement faire part du désir qu'ils ont de les voir figurer sur

(1) Cours de M. Saleilles, 1906-1907, Faculté de Paris.

(2) *Du registre du régime des biens*, art. 1558 à 1563, C. civ. all.

le registre matrimonial. Ils y ont en effet un intérêt personnel que la loi apprécie.

Il est des cas où seul le mari est appelé à exercer la réquisition de par les circonstances :

1° Quand il veut réduire les pouvoirs de sa compagne résultant de la *Schlüsselgewalt* ou les exclure tout à fait ;

2° Pour exprimer son opposition à ce qu'elle exerce une profession lucrative, autrement dit, manifester le sentiment qu'il entend rester étranger aux actes de son conjoint à ce sujet ;

3° Pour faire inscrire la décision de justice qui sanctionne l'opposition qu'il lui a faite d'exercer une profession lucrative parce que les intérêts du ménage en souffriraient.

D'autres cas, où c'est au contraire la femme qui peut se prévaloir d'un intérêt particulier ; cependant elle ne pourra pas agir seule, il lui faudra le concours de son conjoint. C'est une disposition étrange du Code allemand que nous ne nous expliquons pas bien, malgré la possibilité dont jouit la femme de forcer son mari par un jugement à réquisitionner avec elle. Ces derniers cas se présentent :

1° Pour rendre opposable une séparation de biens que la femme a obtenue de la justice ou qui résulte de plein droit de la faillite de son mari ;

2° Pour bénéficier de la décision de justice qui lui rend la possibilité d'exercer le commerce malgré son conjoint, ou qui lui restitue les pouvoirs attachés à la *Schlüsselgewalt*.

D'une façon absolue le juge chargé du registre matri-

monial ne peut pas procéder à des inscriptions d'office, il doit toujours attendre des réquisitions valablement formulées. En dehors des mentions que nous avons passées en revue, rien d'autre ne peut figurer sur le registre et le juge devrait rayer d'office toute inscription irrégulière.

C'est sur le registre du tribunal de bailliage dans le ressort duquel le mari a son domicile, avons-nous déjà dit, que les renseignements matrimoniaux doivent être consignés ; si cette condition n'était pas remplie, les mentions seraient entièrement inefficaces. Comme application de cette règle : le changement de domicile du mari sans changement simultané des inscriptions au siège du nouveau tribunal compétent le désarmerait complètement devant les tiers et cet état de choses préjudicierait également à sa femme.

Le registre matrimonial est public, les recherches y sont facilitées par des répertoires pratiques et quiconque peut en prendre connaissance, n'y aurait-il aucun intérêt. Les tiers peuvent en réclamer suivant leurs besoins des simples copies ou des extraits légalisés.

D'après le Code civil suisse (1) doivent être inscrits sur le registre des régimes matrimoniaux :

1° Les contrats de mariage ; il suffit de la simple mention du régime adopté par les époux, mais il leur faudra indiquer aussi les clauses particulières qu'ils veulent rendre spécialement opposables aux tiers. Bien entendu

(1) *Du registre des régimes matrimoniaux*, art. 248 à 251 C. civ. suisse.

il ne saurait être question de l'inscription du régime légal.

2° Les décisions judiciaires qui concernent les rapports entre époux ; séparation de biens, ratification de justice pour l'opposition du mari à ce que son conjoint exerce une profession ou continue à représenter l'union conjugale, etc.. Les actes d'autorité du mari, ses oppositions ou ses autorisations dans les cas où les tiers ont intérêt à les connaître, etc... Notons entre autres que la femme devrait faire inscrire la sentence du juge qui enjoindrait aux débiteurs d'avoir à verser le montant des créances du mari entre ses mains propres, etc...

3° Les actes juridiques intervenus entre époux, c'est-à-dire les conventions relatives au bien d'apport ou de communauté et que l'autorité tutélaire a approuvées.

Les inscriptions au registre des régimes matrimoniaux doivent se faire d'après le domicile du mari et c'est le fonctionnaire préposé à la tenue du registre de commerce qui les reçoit, à moins que les cantons n'aient institué un fonctionnaire spécial. Le Code suisse ne pose pas de règles spéciales pour la réquisition ; les deux conjoints en ont également l'initiative. Quand le mari change de domicile, les tiers auront à se préoccuper pendant trois mois de la précédente demeure, c'est en effet le délai dans lequel les anciennes inscriptions garderont leur valeur.

En Allemagne et en Suisse les tiers seront donc en droit d'invoquer le bénéfice du droit commun toutes les fois que les registres matrimoniaux ne contiendront pas les mentions que les époux ont voulu leur rendre opposables, en

d'autres termes les contrats de mariage et autres actes entre époux n'auront d'effets pour ou contre les tiers que moyennant cette publicité formelle. Il est cependant des hypothèses où la question de publicité ne saurait intervenir parce que la forme des conventions ou certaines circonstances ne peuvent laisser aucun doute sur la situation des conjoints intéressés, mais enfin c'est l'exception.

Terminons ce paragraphe en remarquant qu'en Italie, en Allemagne et en Suisse il existe pour la publicité qui concerne la femme mariée commerçante un registre spécial de commerce qui relate d'une façon simple, pratique et coordonnée, toutes les indications intéressant les tiers. En France le droit commercial n'a rien innové sur le droit civil, il s'est borné à prévoir, dans le même esprit, quelques mesures de publicité supplémentaires.

CHAPITRE IV

PROTECTION DE LA FEMME MARIÉE. — L'HYPOTHÈQUE LÉGALE.

La notion de l'hypothèque légale ne peut subsister que dans une législation qui, non seulement reconnaît de larges pouvoirs en faveur du mari sur le patrimoine de son conjoint dans le régime légal des biens, mais frappe encore la femme d'une incapacité qui ne lui permet pas d'agir efficacement pour la sauvegarde actuelle de ses intérêts. Il ne faut pas que la dépendance de l'épouse laisse au chef de famille la possibilité de commettre des abus lorsque, surtout, les conventions matrimoniales sont impuissantes à porter atteinte aux dispositions impératives de la loi qui régissent les rapports entre époux. L'intérêt public dût-il en compâtrer, une législation, en reconnaissant aux femmes mariées privées du libre exercice de leurs droits civils une hypothèque légale, ne pourrait moins faire que de leur procurer cette garantie énergique à moins de consacrer une véritable iniquité. Cette sûreté réelle est donc en raison directe de l'incapacité qu'elle protège ; on ne peut législativement la restreindre ou l'écartier qu'en élargissant le champ d'activité civile de la femme et en limitant les pouvoirs du mari sur ses biens.

Dans notre Code civil la célébration du mariage donne

naissance, en faveur de l'épouse, indépendamment de toute inscription, à une hypothèque légale portant sur tous les biens de son conjoint, et cela *ipso jure*, quel que soit le régime matrimonial adopté. Il convenait, en présence de l'incapacité très étendue imposée à la femme française, que la généralité du patrimoine immobilier du mari eût à répondre de la généralité des créances qu'elle peut être appelée à faire valoir contre lui. Ces deux graves exceptions aux principes généraux, en matière d'hypothèque, de la publicité et de la spécialité, causent aux tiers un très grave préjudice.

Tandis qu'au sujet du sort des actes de la femme mariée, nous avons constaté comment pouvaient être lésées les personnes ayant contracté avec elle, l'hypothèque légale offre, au contraire, un autre aspect de l'intérêt économique que présente la question de l'incapacité ; ce sont maintenant les tiers qui traitent avec le mari dont la situation est plutôt désavantageuse.

Englobant tous les immeubles du chef de famille, l'hypothèque légale diminue considérablement son crédit ; les tiers appréhenderont de s'aboucher avec lui pour l'achat de ses maisons ou de ses fonds de terre ; les créanciers postérieurs au mariage ne voudront pas se contenter de garanties réelles d'un caractère si aléatoire, et suivant les cas, procéderont contre lui à des voies d'exécution immédiates ou lui refuseront leur concours. L'occultanéité de cette hypothèque augmente les craintes et les indécisions légitimes, par suite des fraudes déplorables auxquelles elle peut donner lieu.

Toutefois il ne faudrait pas exagérer la portée de ces critiques que le Code civil, dans différentes de ses dispositions, et la loi du 23 mars 1855 se sont efforcés de prévenir.

C'est ainsi que la « généralité » de l'hypothèque légale souffre exception, lorsque les époux, par contrat de mariage, se sont entendus pour la restreindre, et quand le mari, au cours de l'union conjugale, a introduit, sous certaines conditions, une demande en réduction que la justice a estimée recevable (1).

D'après la loi du 23 mars 1855, il est encore possible pour la femme autorisée de son mari, si sa dot n'est pas inaliénable, de renoncer à son hypothèque légale ou de subroger un tiers dans les droits qu'elle confère ; pourvu que les conditions de forme aient été observées.

Quant aux mesures qui tendent à assurer la « publicité », elles consistent dans l'injonction qui est faite au mari d'inscrire l'hypothèque légale sous peine d'engager sa responsabilité vis-à-vis des tiers avec lesquels il a traité ; en cas de négligence de celui-ci, les procureurs de la République devront y pourvoir. Il est vrai que ces magistrats n'en tiennent aucun compte faute de sanction. D'autres personnes sont invitées à procéder à cette inscription en raison de l'intérêt qu'elles sont présumées porter naturellement aux affaires de la femme (2).

Du reste la femme elle-même n'est pas étrangère à toute

(1) Art. 2140, 2144, 2145, C. civ.

(2) Art. 2136, 2137, 2138, 2139, C. civ.

obligation de rendre publique l'hypothèque que la loi lui confère sur les biens de son mari : effectivement elle ne pourrait plus en jouir à l'égard des tiers dûment immatriculés si elle avait négligé de la faire inscrire un an après la dissolution du mariage (1). Ce n'est point qu'elle soit déchue des droits attachés à cette sûreté légale, mais elle perd le bénéfice du rang dont elle pouvait se prévaloir à l'encontre des autres créanciers hypothécaires. Généralement ce rang est la date du mariage, mais il n'en est pas toujours ainsi, il peut s'agir de créances dont la qualité ne comporte pas cette faveur, l'hypothèque légale ne les garantissant pas toutes d'une égale force (2).

Quelle que soit la valeur pratique de ces atténuations, elles n'empêchent pas les inconvénients que nous avons signalés tout à l'heure. L'hypothèque légale est une lourde entrave apportée à la libre circulation des biens, c'est encore une forte gêne pour les intérêts privés des gens mariés. Il est vrai qu'il était difficile, en cette matière, de concilier le besoin de protection pour les femmes mariées avec les exigences du crédit public et c'est ce qui explique pourquoi le Code italien, dont les effets du mariage, à l'exemple de notre Code civil, nécessitaient l'existence de l'hypothèque légale, n'a guère fait que reproduire le système du droit français sans beaucoup l'améliorer, il se heurtait aux mêmes difficultés. Peut-être, cependant, montre-t-il un souci plus pressant d'assurer la publicité de l'hypothèque

(1) Loi du 23 mars 1855, art. 8.

(2) Art. 2135, C. civ.

légale en ne donnant pour l'inscrire qu'un délai de vingt jours au mari et au notaire qui a reçu l'acte de constitution de dot (1).

En Angleterre, en Allemagne et en Suisse, il n'existe pas, en vertu de la loi, de sûreté immobilière en faveur de la femme mariée : il faut en chercher la raison dans la capacité de fond dont elle continue à jouir durant le cours de l'union conjugale. Cependant le législateur allemand et le législateur helvétique ont cru devoir reconnaître à la femme certaines garanties, lorsqu'il y a possibilité pour elle d'être lésée par les actes du mari sur ses biens, et ne se sont point bornés, ainsi que la loi anglaise, à lui laisser une complète initiative sur ce qu'elle jugerait utile d'exiger à ce sujet dans son contrat de mariage. Lorsque dans ces deux législations, l'épouse a consenti expressément ou tacitement à ce que sa liberté de disposition soit diminuée en faveur du mari, elle a pu lui demander en échange des sûretés spéciales, à condition d'observer les règles du droit commun pour la validité de semblables conventions et les mesures possibles de publicité dans l'intérêt des tiers. En principe ses créances contre son mari sont soumises aux règles juridiques ordinaires et ne bénéficient d'aucune faveur attachée à leur qualité. Il peut se faire, toutefois, qu'en dehors des arrangements avec son conjoint, la femme ait besoin de certaines garanties pour la sauvegarde de ses intérêts et la loi n'a point voulu rester

(1) Art. 1982, C. civ. italien.

passive : tantôt elle lui donne sous certaines conditions la possibilité d'exiger des mesures conservatoires, tantôt elle résoud à son avantage des situations exceptionnelles qui pourraient nuire à ses intérêts. Inspirés d'un tout autre esprit que celui de notre loi, le droit allemand et le droit helvétique n'édicte que des dispositions ayant effet entre les époux seulement ; les tiers ne peuvent pas y trouver une gêne, du moins en droit, sinon en fait, c'est-à-dire que seuls seront déçus ceux qui ont espéré tirer profit des actes abusifs du mari.

Les garanties ainsi prévues consistent dans la transformation immédiate en séparation de biens du régime matrimonial des époux au cas de faillite, et dans le droit légalement reconnu à la femme de demander, lorsqu'elle le juge opportun, des comptes à son conjoint relativement aux biens soumis à son action ; si elle ne les estime pas satisfaisants, elle pourra obtenir des sûretés dont l'effet, répétons-nous, ne sera plus ici de diminuer le crédit propre du mari, mais de l'empêcher d'abuser des pouvoirs dont il jouit sur le patrimoine de sa compagne (1). Ce dernier résultat est obtenu par la conversion des titres au porteur en titres nominatifs ; par la consignation de va-

(1) La prestation de sûreté (art. 1391, 1392, 1393, C. civ. all.) trouve place dans le régime légal des biens, mais rien ne s'oppose, les circonstances s'y prêtant, qu'elle puisse avoir lieu dans un autre régime matrimonial. Même réflexion doit être faite au sujet du Code suisse dont l'article 205 reconnaît à la femme dans « l'union des biens », le droit de requérir à tout moment des sûretés de la part de son conjoint quand sa conduite donne lieu à des appréhensions ; il est sans difficulté que cet article pourrait s'appliquer à la communauté.

leurs dans une banque qui n'en délivrera que les revenus ; et d'une façon générale par toutes précautions propres à restreindre, dans ses limites normales, la gestion du mari sans qu'il soit besoin de recourir à une séparation de biens judiciaire.

Il faut encore remarquer que le Code suisse qui protège préventivement la femme en défendant les conventions entre époux sur le bien d'apport ou le bien de communauté au cours du mariage, et les engagements de l'épouse envers des tiers dans l'intérêt de son conjoint, à moins qu'il n'y ait eu approbation du tribunal de tutelle, a écarté l'éventualité de nombreuses situations qui auraient, sans cela, nécessité des besoins de sûretés.

Ce serait sortir de notre sujet que d'étudier dans tous ses détails la loi du 23 mars 1855 qui permet à la femme d'abandonner le bénéfice de son hypothèque légale lorsque sa dot n'est pas aliénable, mais il faut, afin d'éviter toute partialité, opposer aux adversaires de cette sûreté les critiques judicieuses de M. Paul Gide concernant l'action bienfaisante de cette loi. Le savant professeur expose que cette dernière n'a pas apporté une contradiction de plus dans notre législation civile en matière d'incapacité de la femme, encore qu'il semble au premier abord que les facultés accordées à celle-ci soient illogiques puisqu'elle peut réduire à néant une protection qui lui est indispensable à l'égard de la situation juridique que lui a créée le Code. Effectivement il est possible de se rendre compte des avantages que comportent

respectivement pour les époux la renonciation ou la subrogation relatives à cette sûreté réelle (1).

C'est d'abord le concours de l'épouse assuré à nombre d'actes importants du chef de famille : le cas se présentera lorsque le mari voudra traiter au sujet de ses immeubles ou de ceux de la communauté : les tiers soucieux des effets possibles de l'hypothèque légale exigeront que la femme soit mise en cause afin de renoncer à ses droits éventuels, et voilà comment sa volonté sera souvent prépondérante pour le sort de tels contrats.

La subrogation, d'un autre côté, constitue pour le mari un excellent moyen d'augmenter son crédit. D'un commun accord avec sa compagne, il pourra offrir à certains créanciers le rang de faveur attaché à l'hypothèque légale, et de cette façon donner plus de champ aux rapports contractuels qu'il entretient avec eux, alors qu'ils auraient trouvé très insuffisants les effets d'une inscription hypothécaire contemporaine aux conventions qu'ils ont passées.

Il n'est point discutable qu'à ces deux points de vue, M. P. Gide ait raison : la loi du 23 mars 1855 a bien permis ces résultats favorables. Il ne faudrait pourtant pas en exagérer la portée, ce serait tomber dans le domaine du paradoxe. L'hypothèque légale n'en reste pas moins gênante ; la loi de 1855 est lettre morte pour les femmes qui ont leur dot inaliénable, c'est-à-dire pour toutes celles qui sont mariées sous le régime dotal. D'autre part, trop

(1) Paul Gide, *Condition privée de la femme*, édit. 1867, p. 544 à 547.

souvent, malheureusement, il ne sera pas difficile au chef de famille de circonvenir sa compagne, habituée de par la loi à rester éloignée du cours des affaires, afin de lui faire abandonner à son plus grand préjudice, les sûretés réelles qu'elle puisait dans le Code. Si l'intérêt des tiers y trouve son profit, la femme perd une protection pour laquelle il serait injuste de lui reprocher une maladresse entretenue légalement (1).

Enfin l'hypothèque légale est une sûreté insuffisante. Nombreux sont, en France, les ménages où le mari ne possède aucun immeuble, même malgré l'importance des valeurs mobilières qui alimentent l'association conjugale. La femme mariée qui n'est pas assez protégée par ses conventions matrimoniales ne trouve dans la loi que des mesures extrêmes, par suite peu pratiques : c'est d'abord la séparation de biens judiciaire intéressant tous les régimes, ce sont ensuite le bénéfice d'émolument et le droit de renonciation à la communauté, ne concernant que cette dernière forme de l'association des biens entre époux. Le premier de ces deux moyens entraîne, avec l'inconvénient matériel des lenteurs et des frais inhérents à la plupart des actions en justice, l'inconvénient moral de blesser plus

(1) On peut objecter que les conditions de formes assez sévères de la loi de 1855 attirent son attention sur la gravité de l'acte qu'elle consent en se privant de sa sûreté légale. Ce n'empêche pas qu'elle puisse être facilement trompée par des insinuations de son conjoint vis-à-vis duquel elle se trouve sans défense. Même en admettant la capacité de la femme, le Code suisse, dans un ordre d'idées approchant, a tenu à surveiller de très près tous les engagements que la femme contracte à l'égard des tiers en faveur du mari.

particulièrement le mari dans son amour-propre, et cela au détriment du bon accord entre les conjoints, par la publicité, en pareil cas, de l'instance engagée et du jugement rendu. Quant au bénéfice d'émolument et au droit de renonciation, ce ne sont pas, à proprement parler, des sûretés, c'est-à-dire des défenses actives pour la conservation des intérêts de la femme, mais seulement la faveur qui lui est reconnue, sa ruine étant consommée, de rester étrangère à un passif qui subsiste encore et qui ne comprend pas de dettes contractées de son chef.

CONCLUSIONS

CONCLUSIONS

Le double intérêt moral et économique de cette étude réside dans la solution des deux questions générales indiquées dans notre préface. Il s'agit maintenant en effet, de déterminer, à l'aide des éléments de comparaison recueillis, ce qu'il devrait rester de l'incapacité de la femme dans une saine conception du mariage moderne : comment comprendre son rôle, le caractère de l'autorité dont il faut investir le mari ; d'autre part quelles mesures conviendraient le mieux, pour protéger les tiers contre le grave préjudice que leur causent les entraves apportées à la liberté contractuelle et à la libre circulation des biens par les conséquences actuelles de l'association conjugale.

Or ces deux questions se confondent, et de la réponse faite à la première dépendra le sort de l'autre ; elles ne semblent différentes que par la diversité des effets qui découlent d'un seul et même mal : la situation juridique inférieure de la femme mariée française relativement à la valeur réelle de son individualité civile. Attachons-nous donc à la notion de la capacité de l'épouse et du rôle respectif des conjoints dans l'union conjugale : nous y trouverons, par voie de conséquence, les avantages qui peuvent en résulter économiquement.

Ce qui frappe à première vue, c'est qu'aucune des légis-

lations que nous avons étudiées ne partage, au sujet des effets généraux du mariage, les idées qui inspirent notre Code civil. Toutes admettent pourtant une certaine prépondérance du mari et, comme corollaire, une diminution de la personnalité de sa compagne, mais à défaut pour elle de ne pas jouir de la complète indépendance d'une célibataire, sa liberté civile subsistera en principe malgré les plus ou moins grandes diminutions qu'elle devra subir : la femme française, au contraire, est assujettie à une incapacité générale.

Il ne s'agit pas ici d'une question de degrés, mais de principes, et il n'est pas bien difficile, en étudiant le Code, de découvrir la raison de cette différence : le législateur de 1804, peut-être même sans s'en apercevoir et sous prétexte d'obéissance maritale, a consacré la « *levitas animi* », la « *fragilitas sexus* » de la femme, l'antique conception de son infériorité morale. Cette opinion toutefois est loin d'être acceptée par tous les juristes, et beaucoup d'entre eux ne veulent voir dans l'incapacité de la femme que le simple effet de la puissance maritale ; les contradictions du Code semblent pourtant bien contraires à cette manière de voir et il suffit de passer en revue les points les plus importants de cette controverse, pour s'en rendre compte.

Lorsque l'épouse est privée du concours de son conjoint, parce qu'il est indigne, absent ou incapable, et qu'elle se trouve par suite dans la situation d'une fille ou d'une veuve, elle ne recouvre pas sa liberté civile. Le rapport de cause à effet entre l'autorité du chef de famille et la dé-

pendance de son conjoint, est donc déjà singulièrement vicié ; il ne saurait être question, dans des cas semblables, de la puissance maritale puisqu'elle est complètement écartée ou tout au moins interrompue dans son exercice ; la loi cependant la prolonge arbitrairement en lui substituant l'autorité de justice. N'est-ce pas reconnaître que la femme livrée à elle-même ne peut s'occuper seule de ses affaires et que le juge doit lui fournir une aide tutélaire à défaut du mari ? Si l'on n'admet point l'idée d'une protection légale, l'autorisation judiciaire apparaît comme une tracasserie inutile, car une telle situation pour la femme est injuste, lorsque son conjoint étant condamné ou l'ayant lâchement abandonnée, elle n'a pas voulu demander la rupture du lien conjugal ; elle est illogique, quand le chef de famille ayant perdu la raison, on voit un tribunal appelé à suppléer les actes d'un fou, c'est-à-dire de quelqu'un qui n'existe pas en droit ! Quant à la question de l'absence, c'est encore une contradiction non moins flagrante à l'actif du Code civil. Cette méconnaissance de l'initiative de l'épouse serait, d'autre part, incompatible avec la responsabilité qu'elle peut avoir dans ces diverses hypothèses, de gérer ses propres biens, parfois les biens matrimoniaux, d'élever les enfants, d'assurer enfin la direction de toute une famille privée de son chef naturel. Etrange chose que cette autorisation supplétive de justice ; ceux qui ne veulent pas croire que dans le Code subsistent encore des vestiges d'anciennes idées d'infériorité féminine, évitent de l'expliquer ou n'en donnent que des motifs très insuffi-

sants ; ce n'est qu'au cas de minorité du chef de famille qu'elle est moins choquante, encore que discutable, et la seule fois où elle est légitime sans conteste est lorsqu'elle résulte du recours contre un mari injuste.

Devant de telles dispositions de notre loi civile, on ne peut douter que le mariage atteigne la capacité de la femme dans son essence, pendant toute sa durée, au lieu de la paralyser simplement dans la mesure du respect qu'elle doit à l'autorité réelle, effective, du chef de famille. Nous en trouvons du reste la preuve dans la loi de 1893 qui restitue à la femme séparée de corps le libre exercice de ses droits civils ; c'est en effet une exception tardive à la règle que nous venons de dégager et qui la confirme tout simplement. Aussi la femme mariée nous apparaît-elle comme subissant, pendant le cours de l'union conjugale, une espèce de déchéance civile, nous dirions presque une *capitis deminutio*.

Un autre grand argument contre la consécration par le Code de la thèse de l'infériorité morale de la femme est que, si le législateur avait pensé de cette façon, des mesures spéciales de protection auraient été prises aussi en faveur des filles et des veuves, par l'établissement d'une sorte de tutelle, à l'exemple de ce qui s'est pratiqué dans certaines législations. A cette objection il est aussi difficile de faire une réponse, que d'expliquer, avec la simple notion d'autorité maritale, la manière si absolue dont le Code civil a compris l'incapacité de l'épouse, et sur ce point il faut se borner à constater la contradiction qui existe dans notre droit.

On débat vivement, d'autre part, au sujet de la controverse que nous continuons d'examiner, la question suivante : Si les femmes sont affligées d'une *levitas animi* tenant à leur sexe et dont le législateur, peut-être inconsciemment répétons-nous, n'admit l'existence que pour celles seulement vivant en état de mariage, l'autorisation maritale aurait, entre autres, cet effet de sauvegarder leurs véritables intérêts en ne permettant que les actes qui leur sont favorables. En somme le mari serait un tuteur, un curateur tout au moins, assistant sa compagne de ses conseils et de son expérience. Comment alors concilier tout ceci avec le principe de la liberté des actes juridiques passés entre époux au cours du mariage ? N'est-il pas une règle organique en matière de droit, en vertu de laquelle il convient que soit interdit à tout tuteur de contracter sans obstacles avec son protégé au cours des rapports légaux qui leur donnent respectivement cette qualité ? En conséquence, la liberté dont jouissent les époux à cet égard est contraire à une semblable interprétation du contrôle marital. Nous nous trouvons encore en face d'une nouvelle contradiction du Code. Ce raisonnement est juste, car rien n'empêche par exemple la femme de prêter de l'argent à son mari ou de se porter caution pour lui, c'est cependant dans ce dernier cas un acte très grave, et on ne comprendrait pas que la loi l'ait permis si les rapports indiqués plus haut existaient entre époux. Mais à côté de cela, l'article 1593 du Code civil interdit, sauf de rares exceptions, le contrat de vente

entre deux conjoints, le plus courant et le plus important des contrats en pratique. Ce n'est pas seulement l'intérêt des tiers qui a dicté cette prohibition au législateur, il eût été facile de les protéger efficacement d'une autre manière, mais surtout la crainte que la femme ne se laissât trop facilement entraîner à consentir des ventes qui lui seraient préjudiciables. Encore une fois on a voulu soutenir la faiblesse de l'épouse par une défense formelle de contracter avec son conjoint pour tout un ordre de conventions dont le besoin est pourtant plus pressant que beaucoup d'autres.

Il y aurait encore un grand nombre d'anomalies à relever, et nous ne citerons que cette dernière, comme étant, en fin de compte, plus particulièrement caractéristique. Quand la femme passe un acte pour lequel elle n'a pas demandé au mari l'autorisation nécessaire, comment se fait-il, puisque seule la puissance maritale est en jeu, qu'elle puisse personnellement faire tomber cet acte en cause ? Il n'est pourtant pas possible d'expliquer une telle initiative avec le seul motif de la désobéissance dont elle s'est rendue coupable !

Des contradictions, un manque de coordination dans les effets du mariage par rapport aux principes dont ils découlent, c'est de la sorte qu'on peut dresser le bilan du Code civil au point de vue spécial qui nous occupe. Nous pensons que tout ceci résulte de la confusion qui existait dans notre ancien droit pour beaucoup de ces conceptions : le Code en s'inspirant de ses traits principaux les plus do-

minants n'a peut-être pas suffisamment distingué les particularités du régime de communauté des conséquences pures et simples de l'association conjugale, et il en est arrivé à cette « législation sans système » ainsi que certains de ses commentateurs ont cru pouvoir le qualifier.

..

Notre ancien droit primitif, aussi invraisemblable que cela puisse paraître, était à la fois plus libéral et plus logique que notre Code civil. Il ne doutait point de la capacité de fond de la femme mariée et lui reconnaissait dans l'union conjugale une situation digne du rôle qu'elle est appelée à y jouer. Nous pouvons donc nous étonner qu'après la Révolution, où le droit des personnes fut si discuté et où l'on préconisa des projets de réformes exagérées jusqu'à l'absurde, le législateur de 1804 n'ait point cherché dans la tradition plus de libéralisme pour l'œuvre nouvelle qu'il s'agissait de créer. Aussi faut-il essayer d'expliquer pourquoi, au lieu de revenir aux sources de notre droit et de rejeter toutes les déformations, tous les sophismes qui atteignirent la vraie doctrine française, les auteurs du Code se contentèrent de reproduire, à peu de choses près, les dernières conceptions communes de notre ancien droit telles que le temps les avait déformées.

Si nous remontons aux origines du droit matrimonial en France, nous verrons que, dans la conception du mariage, le principe fondamental était la notion de « société conjugale », non seulement quant à l'union des époux dans

leurs personnes et à l'égard des enfants communs, mais encore par rapport à leurs biens. Des idées nouvelles s'étaient faites jour avec les principes évangéliques dont la simplicité était d'une grande force morale contre le droit romain déclinant, artificiel et confus aux yeux des Barbares. Par un effet étrange du sort, voici que l'esprit de l'ancienne formule du jurisconsulte Modestin si mal compris dans les époques troublées et pleines de licence de l'Empire d'Auguste ou de la tyrannie de Néron : « *Nuptiæ sunt conjunctio maris et feminæ, consortium omnis vitæ, divini et humani juris communicatio* », convenait à merveille aux temps nouveaux et se retournait contre les déviations du droit romain comme l'expression d'une nouvelle morale.

C'est au ^{xii}e siècle, dans Beaumanoir, que l'on trouve, le mieux défini, les principaux caractères de l'union conjugale dans notre droit coutumier. Nous ne voulons les rappeler ici que très succinctement (1). C'est une « *compagnie* » dont le mari est le chef, jouissant d'une forte autorité ; l'épouse est tenue de le respecter comme maître de ses biens et de ses actes. Sur les meubles il a tous pouvoirs, sur les immeubles la jouissance et la gestion seulement. Les actes de l'épouse ne peuvent être légitimes sans une autorisation maritale qui est du reste exempte de tout formalisme. La femme n'est donc pas incapable, elle doit simplement respect et obéissance au chef de famille, et ce qui le prouve, c'est que ce dernier seul a le

(1) M. Lefebvre à son cours, 1906-1907.

droit de faire tomber l'acte qu'il n'avait pas autorisé. Est-il dans l'impossibilité d'exercer son autorité, malade, absent ou frappé de démence, la femme reprendra toute sa liberté d'action.

En somme, à cette époque, l'idée de « *compagnie* » est intimement liée à l'idée de mariage, on ne les conçoit pas l'une sans l'autre. Toute association veut un chef, c'est naturellement le mari qui doit l'être dans notre cas. Son autorité n'empêche pas, cependant, que la communauté soit une *collaboratio*, et que la femme y joue, en quelque sorte, le rôle d'associée auxiliaire, seulement, le cas échéant, elle doit s'effacer devant son mari.

Mais cette puissance maritale, raisonnable et modérée va devenir, par la suite, une autorité exagérée et formaliste se faisant sentir, d'une façon générale, sur tous les actes de la femme, indépendamment de l'idée de communauté et quels que soient les rapports des époux. L'autorisation supplétive de justice sera nécessaire quand le mari ne pourra pas jouer son rôle, et une incapacité absolue pèsera sur la femme mariée. Et pourquoi ces déviations, cet abandon des sains et sages principes qui animaient notre droit primitif, naturel et logique tout à la fois ? Il faut en rendre responsable la renaissance du droit romain et la science ergoteuse des juristes qui la consacrèrent. Sous cette influence, imbus de souvenirs sur la *manus*, la tutelle perpétuelle des femmes pubères, le sénatus-consulte Velléien et autres institutions dans cet ordre d'idées, ils réussirent à faire délaisser la tradition

française pour un système moins bon et plus inconséquent.

Si, laissant les grandes lignes du droit commun coutumier, nous nous attachions à l'examen des coutumes locales et de leurs particularités les plus frappantes, nous verrions que si l'une cherche à protéger la femme en raison de la faiblesse de son sexe, une autre prétendra l'assujettir étroitement à l'autorité du maître qu'elle trouve dans son mari. Par contre, dans le régime dotal des pays de droit écrit, l'autorisation maritale n'était pas reconnue.

Au lendemain de la Révolution, par réaction contre les mesures extrêmes et parfois fantaisistes auxquelles tendait le droit intermédiaire, les auteurs du Code voulurent renouer les liens de la tradition. Dans cette matière du mariage dont l'importance sociale est si grande, ils pensèrent sans doute que les éléments de l'ancien droit devaient encore servir d'assises à la société nouvelle qui se réorganisait. A côté de quelques réformes jugées indispensables, ils reprirent les habitudes prédominantes les plus implantées en France dans le domaine du droit matrimonial immédiatement avant la tourmente révolutionnaire, et c'est ainsi que le Code consacra ce système parfois contradictoire et sans liens. Le législateur voulait, d'autre part, réaliser l'unification juridique de la France, et les emprunts qu'il faisait aux coutumes locales en vue de satisfaire de grandes parties du pays, en conservant leurs préférences respectives les plus fortes, devenaient des mesures d'ordre général qui causèrent peut-être davantage de confusion dans notre droit.

..

Mais comment se fait-il qu'après la promulgation du Code de 1804, les progrès législatifs jusqu'à nos jours aient été si longs et si rares à se manifester, alors que beaucoup de pays, de civilisation et de mœurs sensiblement identiques aux nôtres, ont donné le jour à un droit nouveau plus conforme au respect de la liberté individuelle de la femme mariée et aux idées modernes ?

Lorsque le Code civil fit son apparition, ce fut en Europe un grand événement. Le nouveau monument législatif se distinguait des autres lois étrangères par un esprit d'ordre et de méthode remarquable et représentait le type d'un droit modèle, l'expression d'une haute science juridique. Les conquêtes de l'Empire étendirent considérablement son champ d'application et propagèrent son influence dans presque toute l'Europe. Les pays qui ne conservèrent pas ses dispositions le considérèrent néanmoins comme une source d'inspiration féconde, si bien que malgré la chute de Napoléon I^{er}, sa renommée n'avait pour ainsi dire rien perdu. On s'habitua en France, en raison de l'admiration générale qu'il suscitait, à le regarder comme une œuvre très achevée et qu'on ne pouvait surpasser. Aussi les innovations proposées à son sujet furent mal vues, le temps n'eut sur lui que fort peu de prise et le sentiment de son immutabilité s'affirma dans les esprits.

Tandis que parmi les législations étrangères qui s'étaient inspirées de notre exemple, la plupart ont évolué dans un

sens libéral, et ont remanié profondément les dispositions de leur droit matrimonial, la France s'est bornée à quelques mesures de détail sur ce point. Que sont en effet les lois du 6 février 1893 et du 13 juillet 1907 malgré la large application de cette dernière à côté des effets généraux du mariage tels que les comprennent la loi allemande ou le droit helvétique par exemple ! Et combien tardifs les avantages qu'elles comportent devant les besoins logiques et équitables qui les exigeaient depuis si longtemps déjà !

*
* *

Le droit étranger qui se rapproche le plus de nos idées, c'est-à-dire de l'inspiration de notre Code civil, est celui de l'Italie. N'ayant pas admis comme son modèle que la femme dût être civilement incapable durant le mariage, il n'a cependant pas voulu que fût par trop diminuée l'autorité du chef de famille et s'est attaché, en conséquence, à restreindre assez rigoureusement la capacité de principe de sa compagne. Les avantages de l'épouse, dans la législation italienne, ne se manifestent pas tant dans la possibilité de faire seule certains actes civils que dans le pouvoir de recouvrer toute sa liberté d'action, lorsque le mari est inapte à jouer son rôle d'autorité. Est-ce à dire que le législateur de 1865 ait eu vraiment l'idée de l'égalité des époux diminuée uniquement par les prérogatives du mari, chef naturel de l'association conjugale ? On peut se demander, en effet, si le Code de 1865 ne partage pas aussi avec le nôtre, quoique d'une façon plus sensée, le senti-

ment d'une certaine infériorité tenant au sexe de la femme. Ce qui pourrait donner quelque fondement à cette opinion, c'est qu'il organise une protection consistant dans la surveillance de la justice pour les contrats où l'épouse se trouve en conflits d'intérêts avec son mari, et une semblable assistance suppose une faiblesse à soutenir. Remarquons de suite que cette manière de protéger est plus efficace et plus rationnelle que la nôtre qui n'existe que pour les tiers, et indépendamment de la question des intérêts de la femme. Nous ne pensons pas que le Code italien ait agi dans notre hypothèse en vue de la « *fragilitas sexus* », il a voulu simplement empêcher les abus d'une autorité qu'il a fortement établie. Ce n'est donc pas la femme, en tant que femme, qu'il assiste, mais l'épouse en tant que soumise à un chef. Le législateur italien a cependant suivi dans un autre cas, les errements de notre Code civil en reconnaissant à la femme le droit de faire tomber l'acte qu'elle a passé sans l'autorisation maritale requise : c'est là un défaut d'harmonie dans le système juridique de l'Italie.

Un inconvénient du Code de 1865 résulte, à notre avis, de la disposition finale de l'article 134 qui permet toujours au chef de famille de révoquer l'autorisation générale qu'il a pu consentir à sa femme, de tous les actes ou de certains d'entre eux qui lui sont interdits sans son contrôle. Il nous semble qu'il y aurait eu une distinction à faire suivant les circonstances. Il se peut qu'une autorisation générale comporte par elle-même et tout naturelle-

ment le caractère de précarité : par exemple, un mari qui s'absente peut permettre à sa compagne d'agir librement dans tous les cas, ou encore il est malade et se repose sur elle du souci des affaires ; il est tacitement entendu que cet état de choses ne durera que jusqu'à nouvel ordre. Mais supposons que le mari, dans un contrat de mariage, ou dans un accord intervenu entre lui et sa femme au cours de l'union conjugale, donne une promesse ferme de lui laisser une certaine latitude dépassant les bornes de^S restrictions portées par l'article 134 ; cette promesse ne le liera nullement et il pourra user comme il l'entendra du droit de la révoquer qu'il puise dans la loi. Dans ces dernières suppositions, il y a un lien contractuel qui n'a aucune force et qui laisse le chef de famille libre de nuire aux intérêts de sa compagne malgré le bien-fondé de ses actes et la modération que celle-ci a montrée dans ses affaires.

On peut répondre à cette observation, que le mari est un chef et qu'il faut lui laisser en conséquence un pouvoir discrétionnaire sur la façon dont il lui plaît d'exercer les attributs de son autorité. Du reste la femme n'a-t-elle point un recours dans l'autorisation supplétive de justice lorsque son conjoint s'oppose à l'habiliter dans des cas légitimes ? Certes la justice peut aider une femme qui se heurte au mauvais vouloir de son conjoint, mais ce sont des formalités, des frais, des lenteurs et tout cela n'empêche pas qu'il y ait un arbitraire brutal par conséquent

nuisible auquel elle devra se plier momentanément et dont ses intérêts pourront gravement souffrir (1).

Nous ne voulons pas rechercher ici, à propos de l'autorisation générale du mari quelles mesures nous paraîtraient les plus aptes à tenir compte de la distinction que nous avons faite et qui permettraient à la fois un plus grand respect des conventions de ce genre de la part du chef de famille en même temps qu'elles sauvegarderaient dans de justes limites son autorité. Il est étrange, constaterons-nous simplement, que le Code italien qui reconnaît le mari comme chef dans la mesure seulement des nécessités conjugales, envisagées très largement il est vrai, n'en ait pas moins touché à l'indépendance de la femme, pour tant réduite à sa plus simple expression, en consacrant d'une façon aussi générale un tel arbitraire du mari.

La jurisprudence des Cours et des tribunaux jouit d'une certaine latitude pour l'appréciation de la capacité de la femme mariée, et c'est en Italie un autre avantage pour la liberté civile des intéressées. Comme l'on se trouve dans un domaine d'exception, toutes les fois qu'il est porté atteinte à cette capacité, les juges gardent une initiative assez grande et peuvent dans le doute trancher les

(1) Un autre avantage de l'autorisation supplétive en faveur de la femme, consistera dans un recours plus général que celui auquel peut aspirer l'épouse française. Contre une décision injuste du mari défendant à son conjoint d'exercer le commerce par exemple, il y aura un appel possible. alors qu'en droit français, il semble bien que la jurisprudence n'ait pas le droit dans une semblable hypothèse de se substituer au chef de famille.

contestations en faveur de la femme : c'est notamment ce qui est arrivé au sujet des actes qui lui sont interdits par l'article 134 du Code civil italien, et qui ont été réduits aux proportions les plus restreintes.

On a fort reproché à la législation italienne d'avoir adopté un système mixte, un moyen terme, à propos de la capacité civile de la femme mariée, et de ne pas s'être montrée assez large à son égard (1). Mais on peut répondre que la médiocrité vaut encore mieux que le mal et qu'au moment où le Code de 1865 a été promulgué, les progrès sensibles réalisés sur notre droit matrimonial étaient très appréciables : à cette époque il donna l'exemple du libéralisme et se plaça au premier rang des Etats réformateurs sur notre matière.

Le Code italien est donc plus rationnel dans ses dispositions que le nôtre, et personne, croyons-nous, ne discuterait sérieusement qu'il nous donne l'exemple minimum des réformes à effectuer. Ce ne serait même pas en réalité accomplir un progrès que de le suivre dans la voie qu'il nous a tracée, mais retrouver simplement quelques-unes des dispositions de notre droit primitif qui fut malheureusement vicié par le temps et par des réactions maladroit.

Ainsi, dès maintenant un résultat est acquis, c'est que le Code civil français doit abandonner sa conception désuète du principe de l'incapacité civile de la femme mariée pour adopter la règle inverse. Il ne peut moins faire que

(1) V. Planiol, *Traité de droit civil*, 1906, page 311.

d'imiter l'Italie qui est pourtant la législation la moins avancée de celles auxquelles nous demandons un modèle. Nous reprocherons cependant à cette dernière de ne pas libérer dans tous les cas la femme séparée de corps ; ainsi que l'arbitraire trop absolu de l'autorisation générale du mari et l'insuffisance des dispositions au sujet des biens que la femme peut gagner par son travail, son industrie ou ses talents artistiques.

Cette question de principe tranchée, il s'agit d'édifier sur le nouveau fondement proposé, un système ; c'est-à-dire que nous devons déterminer les effets du mariage relativement à l'autorité du mari sur sa compagne afin d'établir jusqu'à quel point la capacité civile de celle-ci peut se manifester librement. Le droit italien appréciant plutôt strictement cette capacité de fond qu'il faut reconnaître à la femme mariée, il convient de chercher l'exemple de plus parfaites mesures dans les législations qui n'ont pas craint de consacrer la quasi-égalité de droits et de devoirs entre les époux.

L'Angleterre ne nous sera pas d'une grande utilité dans notre recherche d'un droit idéal. Avec une mentalité latine on ne peut se représenter sans un grand étonnement cette assimilation complète de la femme mariée avec celle qui ne l'est point, et qu'aucune sanction directe n'existe, hors la rupture du lien conjugal, à l'égard de l'épouse qui se met en révolte ouverte contre son mari. Du reste, en vertu de leur sentiment pratique du droit, les Anglais ne se sont pas embarrassés de prévoir les ef-

fets du mariage entre époux, c'est une affaire qui relève du sens commun et de l'éducation nationale. Une conception normale de l'union conjugale est sous-entendue dans le droit britannique qui ne s'attache simplement qu'à des faits exceptionnels : l'adultère de la femme, l'abandon du mari, par exemple. Il est encore d'usage que ce soit ce dernier qui supporte seul les charges du mariage ; en conséquence la loi n'a pas organisé la contribution de sa compagne à cet égard, et elle peut se dérober complètement à une telle obligation ; que les époux s'arrangent. Mais qu'exceptionnellement le mari devienne nécessaire et soit recueilli par la paroisse, il est plus naturel que ce soit son conjoint qui pourvoie à ses frais d'entretien lorsqu'il est en état de le faire, que les membres de la collectivité paroissiale ; aussi la loi s'attache-t-elle à ce fait particulier et le réglemente.

Tout cela est une question de race et de mœurs ; le sentiment du foyer domestique est très vif en Angleterre, ainsi que le remarque Taine, malgré la dispersion de ses membres et leurs tendances individualistes (1). Le mariage puise toute sa force dans la morale et la religion, c'est très peu une affaire de droit positif.

Cependant à défaut de traiter des effets du mariage par rapport à la personne des époux, la législation anglaise s'est beaucoup occupée de ses conséquences à l'égard des biens. Elle nous a donné, par l'organisation du patrimoine

(1) H. Taine, *Notes sur l'Angleterre*.

séparé, l'exemple d'un moyen pratique pour étendre la capacité de la femme, quelque degré d'émancipation qu'on veuille lui procurer. Mais ce moyen a son côté faible, il est artificiel et manquant de franchise. Si la femme mariée doit être libre civilement, c'est qu'elle est capable de l'être en raison de ses facultés et de la valeur propre de son individualité ; or les lois anglaises ont laissé subsister, en théorie, la règle traditionnelle de l'absorption de la personnalité de la femme par le mari, et les jurisconsultes, se fondant sur les quelques petits vestiges réels de cette règle n'ont point manqué de démontrer que la femme, encore maintenant, n'était pas capable personnellement, mais « *propter rem* ». Mieux vaut encore cette situation sans doute, que celle d'une femme qui, jouissant d'une capacité de fond personnelle, ne pourrait pas l'exercer faute de facultés assez étendues quant au patrimoine dont elle est propriétaire, ainsi que nous avons pu le constater dans le Code italien. Il y a là pourtant, sous l'aspect moral de la question, quelque chose de choquant, même à un point de vue très modérément « féministe ».

Une autre particularité du droit anglais, qui n'est point spéciale il est vrai au seul droit matrimonial, est l'admirable doctrine d'équité des Cours de Chancellerie. En somme, en Angleterre, toute règle de droit gênante pour l'indépendance humaine est interprétée restrictivement ; de là tous les efforts de raisonnement et les détours juridiques ingénieux des Cours de Chancellerie pour repousser à ses extrêmes limites toute contrainte légale. Leur jurispru-

dence a permis à l'épouse, sous l'ancien droit coutumier, d'échapper dans un grand nombre de cas aux rigueurs de la puissance maritale qui était encore plus développée qu'en France, et elle prépara aussi par une action soutenue et coordonnée les lois émancipatrices dont jouissent actuellement les femmes mariées anglaises.

Restent les législations allemande et suisse. Mieux que l'Angleterre elles nous fourniront des renseignements au sujet de la façon dont on peut comprendre la capacité de la femme mariée et les limites que l'autorité de son conjoint y apporte suivant une notion plus ou moins libérale des effets du mariage.

Théoriquement les dispositions du Code de 1900 sur le pouvoir de décision du mari et l'abus de droit dont il est loisible à la femme de se prévaloir pour n'y point adhérer, sont séduisantes. Le droit allemand s'est efforcé de concilier ainsi les exigences de la liberté individuelle avec celles de l'association conjugale, et il ne prévoit que les nécessités pressantes du mariage, comme pouvant influencer sur la situation de la femme, en dehors du régime matrimonial arrêté par les époux. Très libre dans sa personne, l'épouse devait forcément jouir d'une complète capacité de fond, et à cet égard le Code civil allemand ne fait pas d'objections. Mais si pour les intérêts féminins cette situation est fort avantageuse, elle peut compromettre gravement, par contre, l'institution même du mariage. La femme ne jouit-elle pas de la possibilité de se rebeller à chaque instant contre la décision de son conjoint sous prétexte qu'il abuse de ses

pouvoirs ? Et il faudra pour la réduire à la stricte observation de ses devoirs, que la justice ait ratifié la volonté maritale. Le mari, au point de vue pécuniaire, se préservera utilement des actes de sa compagne, mais il n'en sera pas de même moralement, car ceux-ci sont susceptibles d'avoir une répercussion désastreuse dans les rapports des époux. L'autorité du directeur de l'association conjugale risque en effet d'être bafouée dans des cas où elle devrait être respectée d'une façon presque absolue, par exemple, au sujet du choix de la demeure commune ou de la façon dont la femme désire employer son activité. Sans doute, dans tous les cas légitimes, la volonté maritale finira par avoir le dessus, mais la loi devait-elle permettre qu'elle pût rester en échec jusqu'à ce que le juge soit venu à son aide ? Si le caractère allemand ne comportait pas une assez grande passivité de nature de la part de l'épouse, ce serait la discorde passée, dans les ménages, à l'état d'institution sociale.

En somme le pouvoir de décision ne s'impose pas à la femme immédiatement sous réserve d'appel, c'est le contraire qui existe : elle peut désobéir jusqu'à ce que l'autorité de son conjoint ait définitivement triomphé. C'est surtout le principe qui est, selon nous, critiquable, parce que le mari ne jouit pas de l'autorité positive et stable qu'il conviendrait de lui reconnaître, mais d'un simple veto sous condition résolutoire. En pratique il ne faudrait pas exagérer les inconvénients de ce système, le recours au tribunal de tutelle est prompt et sans formalisme ; le

femme sera vite réduite à se soumettre lorsqu'il s'agira de circonstances où le bon droit n'est pas de son côté.

Le législateur helvétique de 1907 n'a pas craint de donner au mari le titre de chef de l'union conjugale, montrant par là même, un plus grand souci du rôle prépondérant qu'il doit jouer dans le mariage. Ce n'est pas une simple question de mots, car l'épouse, contrairement à ce que nous venons de voir dans le Code de 1900, sera tenue de respecter tout d'abord la volonté de son conjoint, quitte ensuite à s'adresser au juge compétent afin d'avoir un bon motif pour la méconnaître. En réalité sa liberté est aussi grande que celle dont jouit la femme allemande, car elle pourra toujours échapper aux abus de droit, mais le caractère de l'autorité morale du mari est plus affirmé. Tandis que le législateur allemand aurait plutôt penché du côté de l'opinion publique qui réclamait l'égalité morale et juridique des époux, la législation suisse a tenu à conserver la notion habituelle de la supériorité masculine tout en créant à la femme une situation très libérale qui n'atteint que très modérément le principe des mêmes droits et des mêmes devoirs entre époux.

Mais, si l'autorité du mari est plus accentuée dans le Code suisse que sous l'empire du droit allemand, la situation de l'épouse redevient la même lorsqu'il ne s'agit plus des nécessités de l'association conjugale. En dehors de cette sphère, la femme retrouve l'exercice complet de sa pleine capacité de fond, et les actes civils qu'elle passe relativement aux biens dont elle a la disposition échappent

en droit, à tout contrôle marital. Autrement dit, il existe un domaine des affaires purement personnelles où les époux jouissent d'une entière indépendance l'un vis-à-vis de l'autre, et un domaine des affaires communes où le mari a une voix prépondérante. Nous avons vu que dans ce dernier cas, il ne pouvait jamais, en quelque occurrence que ce soit, abuser de son rôle et que son conjoint trouvait toujours dans la loi une assistance à cet effet. Mais un pareil système ne peut se développer sans une intervention constante de la justice dans les affaires matrimoniales, et c'est là son point faible ; à côté des susceptibilités qu'il suscite et des indiscretions fâcheuses qu'il peut provoquer, il entretient encore l'esprit de discussion entre les époux au détriment de leur bon accord, et donne à des étrangers le pouvoir d'apprécier des questions très délicates qui devraient rester le secret du foyer domestique.

Il ne nous semble pas que la réforme de notre droit matrimonial exige en faveur de la femme mariée l'octroi d'une aussi grande liberté que celle qui nous est donnée en exemple par le droit allemand et le droit suisse, et qu'elle dût par suite jouir d'une aussi complète capacité. En l'état actuel de nos mœurs, si les mots « puissance maritale » semblent déplacés, c'est qu'ils évoquent à l'esprit toutes les mesures étroites et sévères de notre Code civil, et que, d'autre part, cette expression est devenue impropre comme qualificatif du rôle du mari dans le mariage moderne. Il n'en est pas moins vrai qu'il est logique de reconnaître au chef de famille, la jouissance d'une auto-

rité qui puisse dans diverses occasions se manifester fermement, et ne pas seulement consister dans la simple direction des affaires communes de l'union conjugale. Au point de vue philosophique ou d'après certaines conceptions de morale, il se peut que cette autorité soit discutable ; mais le droit ne repose pas sur des abstractions, il faut envisager l'intérêt social de la question et s'inspirer avant tout des habitudes françaises dans leur expression normale. Aussi banal que puisse paraître le vieil adage : « *Lex statuit eo quod plerumque fit* », il exprime toujours une vérité pratique que sont tentés d'oublier beaucoup de réformateurs d'aujourd'hui qui ont fait de la capacité de la femme mariée une affaire de politique ou de littérature. Or la réalité n'est-elle pas que la plupart des femmes françaises trouvent naturelle une prépondérance positive du mari, à condition que leur liberté civile n'en soit que raisonnablement limitée, qu'elles s'étonneraient même de pouvoir faire échec, en vertu du droit, à une autorité dont elles reconnaissent moralement et en fait l'existence ? Est ce trop préjuger aussi que de croire à la répugnance marquée qui se manifesterait en France devant une immixtion fréquente de l'autorité judiciaire dans les affaires matrimoniales privées ?

Pour toutes ces raisons, nous n'hésiterions pas à donner au mari le titre de « chef de famille » et à prendre en conséquence certaines mesures qui n'en feraient pas dans notre loi une vaine prérogative ou presque.

A lui seul appartiendrait le droit de trancher les intérêts

moraux du mariage : le choix du domicile, la façon dont la femme désire employer son activité suivant les aptitudes dont elle est douée, ou les besoins occasionnels de l'existence, et d'une façon générale tout ce qui concerne la direction des affaires communes dès que la question de personne l'emporte sur la question pécuniaire. Aucun recours n'existerait contre de tels arrêts que si la conduite du mari devenait attentatoire aux bonnes mœurs ou délictueuse, ou s'il exigeait que sa compagne abandonnât le sol national; la femme pourrait encore invoquer la nécessité urgente que réclame son intérêt ou celui de la famille, à ce que les décisions de son conjoint soit rapportées. D'une façon générale il faudrait qu'il y ait un abus de droit flagrant, et non point seulement une gêne pour les initiatives de la femme ou ses prédilections particulières ; avertie par la loi qu'elle ne pourrait triompher contre le chef de famille que dans des cas relativement restreints, où la considération des motifs d'ordre sentimental qui ont fait agir ce dernier est poussée au dernier point, l'épouse ne risquerait pas de s'adresser trop souvent aux tribunaux. Ce serait éviter ainsi dans une assez large mesure les inconvénients signalés tout à l'heure au sujet de l'intervention du juge dans les affaires privées des époux.

Mais si les conventions des époux ne pourraient toucher, plus qu'elles ne le peuvent maintenant, aux attributions du mari en tant que chef, c'est-à-dire à cette qualité même, nous serions d'avis de leur reconnaître force obligatoire sur les points particuliers qu'elles ont réglés. Si donc le

mari viole l'engagement qu'il a pris expressément à l'égard de sa compagne, dans un contrat de mariage ou dans toute autre convention, de lui laisser par exemple pleine latitude pour l'exercice de son activité, la justice doit venir en aide à l'épouse et l'empêcher d'être victime de la mauvaise foi de son conjoint. Même raisonnement à tenir au sujet des engagements tacites du chef de famille, notamment quand la femme, lors de la conclusion du mariage, sans qu'il y ait fait une opposition assez formelle, se livrait à une occupation quelconque, elle avait alors tout lieu de croire qu'elle pourrait continuer de le faire après la célébration de l'union conjugale. Peut-être même ne s'y est-elle décidée qu'à cette condition sous-entendue.

Le recours à l'autorité judiciaire fondé sur le respect des conventions, qui ne dépassent pas les pouvoirs d'engagement réciproques des époux, serait cependant inefficace si la révocation de la faculté consentie par le mari avait été provoquée par la mauvaise conduite de l'épouse ou nécessitée par les intérêts communs de l'union conjugale, qui doivent naturellement primer les intérêts personnels respectifs des conjoints.

A part ces droits du mari, et les conséquences du régime de biens adopté par les époux, nous ne limiterions la pleine capacité de la femme mariée, relativement aux actes civils, judiciaires et extrajudiciaires, que pour les libéralités entre vifs, le cautionnement dans l'intérêt d'un tiers et la faculté de contracter une société civile ou de commerce.

L'épouse, sans l'autorisation de son mari, ne doit ni

faire, ni recevoir de donations ; c'est là une question de pure convenance dont le caractère moral intéresse au plus haut point la dignité du mariage, et cette raison seule suffit à justifier le contrôle marital.

C'est en invoquant le même motif, qu'il faudra permettre au chef de famille d'écarter toute équivoque dans le cas où sa compagne veut se porter caution, montrant de la sorte un trop grand souci des affaires d'autrui ; si elle agit naturellement et pour une cause légitime, en quoi lui importera la surveillance du mari ?

Quant à la faculté de contracter une société civile ou de commerce, l'assentiment du mari ne serait bien entendu nécessaire que pour celles qui se forment *intuitu personæ*, et c'est toujours une application des mêmes idées en jeu. Concevrait-on qu'une femme puisse, par exemple, en toute liberté, commanditer un individu de sa convenance ou faire partie d'une société dont la qualité des membres ou le but poursuivi donneraient lieu peut-être à des appréciations scandaleuses ou tout au moins médisantes ?

L'épouse retrouverait cependant sa pleine liberté en cas d'absence, d'indignité ou d'incapacité de son conjoint, mais elle ne pourrait enfreindre la volonté maritale, lorsqu'elle est en état de se manifester, qu'avec l'autorisation supplétive de justice.

Avec un semblable système, l'autorité du mari est donc plus fermement développée que dans les législations allemande et suisse, et il en résulte à l'égard de celles-ci une

différence assez sensible au sujet de l'étendue de la capacité de la femme mariée. Ainsi avons-nous cru comprendre que, dans nos habitudes françaises, la prédominance du chef de famille ne consistait pas seulement dans une simple direction des affaires matrimoniales, mais devait être encore l'affirmation d'une suprématie abstraite. Les pouvoirs qui lui sont reconnus portent en effet sur des actes absolument personnels à la femme, rompant par suite l'égalité de principe qui pourrait exister entre les époux relativement à leurs affaires privées.

Mais si nous nous sommes écartés sur ces questions de l'œuvre des législateurs allemand et suisse, nous allons par contre adopter sans réserves une conception qui leur est commune et qui nous semble indispensable dans l'organisation moderne du mariage.

Les auteurs du Code de 1804 soucieux d'appliquer strictement toutes les conséquences de leur principe de « puissance maritale », en avaient oublié de prévoir, au point de vue juridique, le rôle naturel qui incombe à la femme dans l'union conjugale, et la jurisprudence, gênée par l'esprit de la loi, dut recourir à la présomption d'un mandat tacite donné par le mari, dans la sphère des intérêts domestiques, pour tous les contrats concernant les besoins courants du ménage tels que la nourriture, l'habillement et tous les frais usuels qui relèvent de l'administration de l'épouse. Cette omission de notre Code est facilement explicable par la situation effacée qu'il voulait créer à la femme mariée et le besoin de ramener à la même idée fixe toute la théorie

du droit matrimonial. Le Code de 1900 et celui de 1907 ne pouvaient point commettre cette faute et les activités propres des époux qui existent de par la nature des choses, sont constatées légalement avec les suites qu'elles comportent tant vis-à-vis des tiers que dans les rapports entre les époux.

Nous ne reviendrons pas sur les avantages que présentent de pareilles dispositions sur la doctrine du mandat tacite ; mais nous exprimerons une préférence pour le droit helvétique qui reconnaît à la femme un pouvoir propre de représenter l'union conjugale et de diriger le ménage dans la limite de ses attributions domestiques, contre la théorie allemande qui érige en présomption légale l'existence d'un mandat à cet effet donné par le mari à sa compagne. Le Code de 1907 est, selon nous, plus logique, sa solution est plus conforme à la réalité des faits et à l'idée morale du mariage. C'est du reste ce que M. Saleilles a expliqué fort clairement : « La femme possède un pouvoir propre d'administration domestique qui est de l'essence même du mariage. C'est cette idée que l'on a dissimulée sous le couvert d'une présomption de mandat, pour paraître ne pas attaquer de front sur ce point spécial le dogme de l'autorité maritale. Mais en réalité, il s'agit bien d'un pouvoir personnel appartenant à la femme en tant que femme et distinct du pouvoir du mari.

*
* *

Avec cette nouvelle façon d'apprécier la capacité de la

femme mariée, le principe de la liberté des conventions matrimoniales déjà inscrit dans notre Code, sous réserve des stipulations contraires aux bonnes mœurs et de celles qui méconnaissent l'ordre public, recevrait relativement à ces dernières une plus large consécration, puisque les époux n'auraient pas si souvent à se heurter aux dispositions prohibitives de la loi. Par l'allègement des nombreuses entraves que ce principe subit encore, les futurs conjoints auraient pour le règlement de leurs intérêts pécuniaires le choix de multiples combinaisons désormais possibles, suivant leurs convenances personnelles, sauf à respecter les nouveaux éléments organiques de l'association conjugale et l'inaliénabilité du droit qu'a le mari de donner ou de refuser son autorisation dans les cas très restreints où nous l'avons prévue.

La liberté des conventions matrimoniales suscite toutefois une question assez délicate au sujet de l'époque où elles doivent être conclues. Faut-il, à l'exemple du droit allemand, permettre aux époux d'apporter au cours de l'union conjugale des modifications à leur contrat de mariage ? Plusieurs raisons militent en faveur de l'affirmative ; les conjoints, par suite d'événements imprévus qui changeront leur situation pécuniaire, auraient la possibilité de mieux pourvoir à leurs intérêts réels ; d'autre part, la capacité de principe dont jouit la femme comporte la liberté des actes juridiques entre époux et l'on doit, en conséquence, leur accorder le droit de traiter de leurs affaires en général, puisqu'il leur est loisible de le faire en parti-

culier dans des contrats spéciaux. L'immutabilité des contrats de mariage présente, par contre, des avantages non moins appréciables : elle évite un souci exagéré des suites matérielles de l'association conjugale à l'égard de son but supérieur et empêche l'esprit de spéculation de se trop développer dans les rapports des époux ; mais c'est surtout relativement au crédit public que son influence se manifeste heureusement : les tiers n'auront pas toujours à se préoccuper des conventions postnuptiales qui concerneraient leurs droits de recours contre les gens mariés et de nombreuses fraudes seront ainsi évitées.

Le Code suisse a su très bien résoudre ces différentes difficultés en adoptant un moyen mixte, qui tient compte des intérêts privés comme des intérêts publics. Il a jugé que l'on ne pouvait autrement faire, rationnellement, que de permettre aux époux de modifier leur contrat de mariage au cours de l'union conjugale, et il n'a pas prohibé les conventions de ce genre, pourvu que les conjoints observent certaines conditions de forme que nous retrouverons tout à l'heure ; mais pour la sauvegarde des tiers, il n'a pas consenti à ce qu'elles leur soient opposables, il n'y a vu que des règlements internes uniquement obligatoires pour les parties contractantes et leurs héritiers.

Toujours dans l'ordre d'idées que nous poursuivons, l'autre préoccupation importante du législateur de demain portera sur le régime légal des biens. Devra-t-il être la conséquence directe, immédiate, des effets du mariage relativement à l'autorité du mari sur la personne de la fem-

me, ou faudra-t-il continuer simplement la tradition française avec les améliorations nécessitées par les progrès du droit ? La première solution semble, au premier abord, la plus juste, car elle consacre purement et simplement le nouveau rapport de cause à effet. Or le régime légal qui résulterait de l'esprit des réformes proposées serait la séparation de biens, puisque l'action maritale ne porte pas sur les affaires personnelles pécuniaires de l'épouse, mais sur les intérêts du mariage ou ceux du chef de famille envisagées uniquement au point de vue moral.

Mais on peut penser que sur cette matière, le raisonnement ne doit pas se substituer aux convenances et aux habitudes d'un pays, et ce qui donnerait quelque valeur à cette opinion, c'est l'exemple des législations que nous avons étudiées. Malgré la situation juridique très libérale que font à la femme mariée, les législations allemande et suisse, le régime légal n'est pas la séparation de biens, mais le système d' « union des biens ». Il faut en chercher le motif dans l'attachement des populations à la forme traditionnelle du droit commun. L'Angleterre, il est vrai, donne un exemple contraire, car l'accaparement marital de la « *common law* », a fait place à un régime séparatif absolu. Quant à l'Italie, elle offre ce contraste bizarre de laisser exister en fait, la séparation de biens, malgré la capacité assez restreinte qu'elle reconnaît à la femme ; ce n'en est pas moins pourtant une suite de la prédilection marquée que les Italiens professent pour la dotalité qui régit, depuis des siècles, les rapports entre époux sur le sol

italique. Ainsi, de nos quatre législations, l'Angleterre qui se sépare le plus de nos idées est la seule, pour des raisons toutes particulières du reste, qui n'ait point conservé les habitudes nationales ; il serait donc plus sage, selon nous, de continuer la tradition française et de laisser au futur régime légal, la forme communautaire (1).

Mais si l'on admet la persistance de la communauté dans notre nouvelle législation civile, comme système de droit commun, il lui faudrait subir de profondes modifications pour qu'elle soit en harmonie avec la pleine capacité de principe de la femme mariée. On ne peut plus conserver cette idée que notre Code civil avait empruntée à nos anciens jurisconsultes qui l'exprimaient sous la forme de cette règle : « *Femina non est propria socia, sed speratur fore.* » Il faut établir une collaboration réelle et constante des deux époux, comme il est nécessaire de remanier la composition du patrimoine commun.

Deux systèmes sur lesquels nous n'insisterons pas, pour rester dans les cadres modestes de cette étude, peuvent réaliser ces progrès.

On peut concevoir un patrimoine commun dont la composition reposerait sur des fondements plus rationnels que ceux qui soutiennent la théorie de notre Code civil. La maxime : « *Res mobilis, res vilis* », qui inspira le législateur

(1) La prédilection que l'on éprouve en France pour la forme communautaire se manifeste dans les contrats de mariage eux-mêmes. Il ressort de statistiques sur les actes notariés, que le régime le plus souvent adopté est la communauté réduite aux acquêts. Beaucoup de jurisconsultes la préconisent comme régime de droit commun.

de 1804 dans sa répartition des biens propres et des biens communs, n'a plus aujourd'hui de sens. Le mari, chef de la communauté, aurait tous pouvoirs d'administration et de jouissance, mais se verrait entraver dans les actes de disposition des biens communs, le cas échéant, par une opposition que formerait la femme. Ce serait à la justice de statuer en dernier lieu, sur les différends entre époux à ce sujet, et l'épouse aurait possibilité de demander des garanties pratiques et incidentes à certaines circonstances données. Il y aurait en outre des biens réservés qui viendraient fournir une signification réelle à la liberté civile dont elle est en droit de se prévaloir.

Le jurisconsulte belge Laurent préconise, d'autre part, une communauté universelle, qui s'accorderait exactement à l'égalité civile des deux époux dans le domaine pécuniaire et répondrait fort bien au caractère moral du mariage qui est l'union des personnes aussi complète qu'elle se peut réaliser. L'un des conjoints ne pourrait aspirer à plus de droits que l'autre. Dans ce système, tous les biens immobiliers et mobiliers tombent en commun ; il y a des « actes d'administration courante », journalière, que font librement chacun des époux dans leur cercle d'attributions naturelles et suivant les nécessités pratiques de l'existence, et des « actes d'administration définitive » qui réclament leur concours effectif et au sujet desquels une décision de justice pourra seule les départager en cas de désaccord (1).

(1) Laurent, Avant-projet de révision du Code civil.

Le premier système présente l'avantage d'assurer l'unité d'administration du patrimoine commun, le second de réaliser la notion idéale de la « *compagnie conjugale* », ainsi que l'on disait dans notre ancien droit, et de ne pas nécessiter des biens réservés. Nous croyons que le premier est préférable, mais c'est uniquement une raison pratique qui nous dicte cette façon de voir.

*
* *

A côté de nos modestes appréciations personnelles sur la question fondamentale de la capacité civile de la femme mariée, il nous faut noter les projets de lois qui ont été déposés à ce sujet sur le bureau des Chambres et les mesures législatives qui se présentent comme des résultats acquis, susceptibles de faire préjuger des réformes futures.

Depuis 1804, deux lois seulement ont porté atteinte à la règle de fond de l'incapacité générale de l'épouse. La première, du 6 février 1893, restituant à la femme séparée de corps le libre exercice de ses droits civils, ne fait qu'une timide application de ce principe que nous voudrions voir complètement triompher dans notre droit, et en vertu duquel ce même effet se produirait toutes les fois que le chef de famille serait dans l'impossibilité juridique ou réelle de manifester son autorité.

L'autre, la loi du 13 juillet 1907, relative au libre salaire de la femme et à la contribution des époux aux charges du ménage, a permis d'autre part, matériellement, que

l'épouse jouisse à l'encontre du droit commun d'une capacité effective vis-à-vis des biens qu'elle acquiert par son activité ; moralement, qu'elle échappe à la puissance maritale dans tous les cas où elle use d'une façon régulière de ses nouveaux droits. Son initiative dans les affaires, pouvant se développer dans un champ d'activité très grand, sa liberté individuelle s'est élargie en conséquence. Ce sont encore les tiers qui ont profité des bienfaits de cette loi pour la sûreté de leurs engagements et la responsabilité de la femme.

Sans doute au point de vue de notre législation civile actuellement en vigueur, cette loi a eu de gros avantages, mais d'après les idées qui nous ont inspiré au cours de ces conclusions, elle serait très criticable. D'abord par son immoralité ; n'exprime-t-elle pas à l'esprit de la femme, au seuil du mariage, une défiance manifeste contre son futur mari puisqu'elle défend qu'une clause de contrat modifie restrictivement sa teneur, dans la présomption irréfutable que le chef de famille abuserait des pouvoirs qui lui seraient confiés par les conventions matrimoniales. Cette loi est illogique aussi ; quoique mesure féministe, elle ne tient pas compte de la capacité personnelle de la femme puisqu'on ne lui reconnaît pas l'intelligence de régler pour le mieux ses intérêts dans un contrat de mariage, où la situation des parties devrait être pourtant égale, mais qu'on lui impose une protection qui est en même temps un aveu d'incapacité reposant sur la « *fragilitas sexus* ». Economiquement, la partie la plus forte de

la fortune privée, celle qui est le produit de l'activité humaine, reste en dehors des conventions matrimoniales, au moins durant le cours du mariage, en raison d'une méconnaissance légale complète de la volonté des intéressés.

La loi de 1907 est le remède à un mal qui est en l'espèce la théorie du Code civil sur les effets du mariage, et il faut louer très fort les promoteurs de cette œuvre bienfaisante ; mais elle n'en devra pas moins tomber par voie de conséquence lorsque sera consacrée dans une large mesure la capacité civile de la femme mariée. Les biens réservés ne seront plus qu'une suite du régime légal, en admettant que ce soit la forme communautaire qui l'emporte sur le système séparatif, parce qu'il est équitable de laisser à la femme ce qu'elle gagne comme il est rationnel d'établir un fondement matériel à la capacité de fond qui lui est reconnu ; nous grossirions même le patrimoine réservé des effets exclusivement destinés à son usage personnel.

Mais du moment que l'épouse est capable et qu'elle ne s'en rapporte pas à la loi du soin de régler ses intérêts dans l'association conjugale, elle doit le faire en toute liberté, et le législateur ne doit pas violer son initiative à cet égard en lui reconnaissant, malgré sa volonté, des biens réservés. C'est, du reste, le système du droit allemand qui est parfaitement raisonnable ; étant donné les principes qui sont en cause, toute autre interprétation serait une faute de logique et un manque d'harmonie.

En attendant qu'un droit nouveau se soit fait jour, la portée de la loi du 13 juillet 1907 est considérable pour

la réalisation des réformes futures. Si la puissance maritale est diminuée, si l'aptitude de la femme aux affaires est reconnue, c'est en vertu de principes abstraits en ce sens, malgré le respect apparent que semble professer le législateur pour les règles du droit commun ; et la question se posera bientôt de ne pas cantonner ces idées directrices dans un domaine d'exception, mais d'en tirer toutes les conséquences normales. Notre Code civil se trouve aussi atteint dans la forme concrète de son système juridique, par le coup très grave porté à la communauté ; dans la plupart des ménages, la seule fortune étant le travail des époux sous quelque forme qu'il se manifeste, la séparation de biens est devenue le régime légal de fait d'un très grand nombre de gens mariés. Ce sera peut-être à cause de cela, que l'on écartera dans l'avenir la forme communautaire comme système de droit commun.

En somme la loi du 13 juillet 1907 a apporté une contradiction dans la situation juridique de l'épouse, contradiction trop flagrante et trop injuste pour qu'une mesure générale n'intervienne pas, d'ici peu, afin d'établir l'égalité des femmes mariées devant la loi en leur accordant à toutes l'exercice des droits civils.

Malgré l'intérêt pressant qu'offre, depuis un certain nombre d'années, la question qui fait l'objet de notre travail, les projets de loi portant sur des mesures générales à accomplir sont rares.

En 1895, M. Michelin, député, déposait sur le bureau de la Chambre la proposition suivante :

Article unique : « *L'incapacité légale de la femme mariée est abolie. L'étendue de sa capacité est déterminée par un régime matrimonial. Les articles 215, 217, 218, 219, 221, 222, 224, 225 du Code civil sont abrogés ainsi que toutes les dispositions contraires à la présente loi.* » Autrement dit la femme est capable relativement aux actes judiciaires et extrajudiciaires, sauf les effets de la libre convention entre les époux, et sa responsabilité à l'égard des tiers se trouve découverte en conséquence. Le défaut de cette proposition est de supprimer purement et simplement les entraves à la liberté civile de l'épouse, sans régler pour cela les effets du mariage concernant les rapports entre époux. Que veut dire dorénavant la règle, qui subsiste pourtant, en raison de laquelle : la femme doit obéissance à son mari ? N'est-ce pas non plus créer à la jurisprudence des difficultés d'interprétation, à l'égard des dispositions du Code qui sont solidaires des articles supprimés, et provoquer, par là même, de regrettables contradictions dans les décisions de justice ? Le mariage moderne n'exige-t-il pas que le rôle naturel de la femme soit constaté juridiquement ? Bien des questions pourraient être encore posées auxquelles le projet Michelin ne donnerait pas de réponses satisfaisantes.

En novembre 1906, une nouvelle proposition à peu près semblable fut présentée à la Chambre par MM. Ch. Beauquier, Couyba, Carnot, etc. L'exposé des motifs après avoir repris les défauts les plus typiques de notre législation civile au sujet de la situation de l'épouse en arrivait à cette idée que : « logiquement le mariage devrait conférer

à la femme un surcroît d'autorité, puisqu'il lui confère un surcroît de devoirs et de responsabilité ». Puis, remarquant que le Code de 1804 avait été moins libéral que notre ancien droit écrit, il comparait encore les progrès accomplis dans les pays étrangers pour justifier le projet suivant : Article unique : « *L'incapacité légale de la femme mariée est abolie. Les articles 215, 217, 218, 219, 221, 222, 224 et 225 du Code civil sont abrogés, ainsi que toutes les dispositions contraires à la présente loi.* »

Comme la précédente, cette proposition de loi, qui la reproduit presque textuellement du reste, est insuffisante. Il y a dans le mariage des intérêts moraux supérieurs qui doivent être tranchés à côté des intérêts pécuniaires, et il est de toute nécessité d'établir une « théorie » juridique sur les ruines du vieux système que l'on veut abandonner.

..

Les réformes que nous avons préconisées pour l'élargissement de notre droit sur le sujet qui nous occupe, entraîneraient, au point de vue économique, des conséquences heureuses et très importantes. Les entraves à la liberté des conventions que nous avons étudiées au sujet du sort des actes de l'épouse ; les sûretés immobilières gênantes pour le crédit public et pour la circulation des biens, dont il était pourtant juste d'entourer sa faiblesse, n'auraient désormais aucun sens et disparaîtraient de notre législation civile.

Si la femme est capable, elle doit être en principe responsable de tous ses actes, et les tiers n'auront plus à craindre la nullité de ses engagements, l'impossibilité d'exécution sur ses biens et la lésion qui pourrait résulter pour eux du droit qu'avait l'épouse de ne restituer, le cas échéant, dans les obligations où elle avait figuré, que dans la mesure de son enrichissement. Cependant les tiers ne peuvent raisonnablement penser que leurs rapports contractuels avec les femmes mariées seront régis absolument comme s'il s'agissait de personnes célibataires : le mariage a des exigences inhérentes à sa nature et les conventions matrimoniales sont en dehors de la règle que : « les contrats ne leur nuisent ni ne leur profitent ».

Les nécessités supérieures du mariage ne permettent pas à la femme d'engager, en toute initiative, sa propre personne, par exemple de signer un engagement théâtral ou de se livrer au commerce. D'autres actes comportent, à côté de leur nature pécuniaire, un aspect moral qui exige un contrôle marital : disposer à titre gratuit ; se porter caution ; contracter une société civile ou commerciale *intuitu personæ*. Il s'agit pour les prestations personnelles de l'épouse, d'une question de bon sens qui se présente spontanément à l'esprit ; quant aux autres cas qui réclament l'autorisation du mari, ils sont d'une nature exceptionnelle et ne peuvent être, par suite, une véritable gêne pour la li-

(1) Il est bien entendu qu'aucune considération ne pourrait empêcher la femme d'être toujours et immédiatement responsable de ses actes illicites.

berté des conventions. Du reste le chef de famille aurait seul le droit de faire tomber les actes en cause ; sa compagne ne devant pas se dérober aux obligations qu'elle a assumées.

En ce qui concerne la question de la responsabilité de l'épouse relativement aux conséquences des conventions matrimoniales, nous adopterions de préférence le système du Code allemand, trouvant que le droit suisse n'applique pas assez strictement, dans l'intérêt des tiers, le rapport de cause à effet. Toujours responsable de ses actes, quand la femme mariée n'a pas suffisamment de biens propres actuels, ou pouvant lui advenir par la suite, pour assurer l'exécution de ses engagements, quelle sera la situation des tiers par rapport aux biens dont elle n'a pas la disposition ?

Deux hypothèses sont à examiner.

Il peut y avoir indisponibilité des biens de la femme parce qu'elle est mariée sous le régime dotal. Or il faut que la dotalité préserve la fortune de l'épouse contre l'action du chef de famille, c'est là son seul but ; mais les biens dotaux doivent servir de gage aux créanciers de la femme : immédiatement, si le chef de famille ayant autorisé ses engagements n'a pas ainsi réservé son droit de jouissance ; à la dissolution de l'union conjugale seulement, s'il est resté étranger aux agissements de son conjoint. Il n'y aurait donc plus une incapacité dotale, c'est-à-dire l'impossibilité pour la femme d'engager, au cours du mariage, ses biens dotaux, mais une indisponibilité

patrimoniale dirigée uniquement contre l'action du mari.

Ou bien le recours des tiers peut être gêné par les pouvoirs dont dispose, en vertu du régime matrimonial, le chef de famille, sur les biens de son conjoint. Ici encore toute la fortune de la femme servira bien entendu de gage à ses créanciers, mais l'exécution des contrats sera différée jusqu'à la fin du mariage, à moins que le mari ne donne aux actes de son conjoint un consentement qui écartera la condition de temps.

Les tiers, dans un autre ordre d'idées, auront tout avantage pour les contrats passés par l'épouse relativement aux besoins courants du ménage à ce qu'un pouvoir propre légal, de représenter l'union conjugale dans cette sphère, soit substitué à l'application par la jurisprudence du mandat tacite.

D'autre part, pour éviter à ceux qui contractent avec des femmes mariées les inconvénients qui résultent, suivant les circonstances, du retard d'exécution apporté aux conventions où elles sont parties, il faudrait, sous certaines conditions, reconnaître aux intéressés le droit de dénoncer ces mêmes conventions dans un délai donné. Une autre mesure, en faveur des tiers, consisterait dans l'établissement d'une publicité réelle, où seraient consignés sur un registre, pratique à consulter, pour qu'ils leur soient opposables: non seulement les contrats de mariage, mais encore tous les actes qui influent sur les rapports pécuniaires entre époux.

Si la femme n'a plus besoin d'être protégée en raison

de son sexe, il convient cependant de lui donner des garanties pour la sauvegarde de ses intérêts, de façon à ce que le mari soit obligé d'user normalement des pouvoirs qui lui sont reconnus par les conventions matrimoniales.

Nous serions même d'avis, pour écarter ce besoin de garanties dans de nombreuses situations, de fournir à l'épouse une assistance tutélaire dont le but ne serait exclusivement que de rétablir l'égalité de droits rompue entre les conjoints par la prépondérance maritale.

Plus l'autorité du chef de famille est développée et plus, naturellement, l'épouse doit être sauvegardée contre son influence. En Allemagne et en Angleterre, la question ne s'est pas posée, et cela s'explique ; comme conséquence des pouvoirs assez importants qu'elle accorde au mari sur les actes civils de sa compagne, la loi italienne requiert l'autorisation de justice pour la validité de tous les contrats entre époux où ils sont en opposition d'intérêts. Le Code civil suisse, en raison de la situation très libérale qu'il crée à la femme, ne s'est occupé que des cas exceptionnels où l'on pouvait craindre que le mari n'abusât de sa prédominance ; dans les autres hypothèses, il n'a point douté que la femme fût à même de se défendre utilement. Comme nous ne nous sommes pas éloignés beaucoup des conceptions du législateur helvétique au sujet de l'autorité maritale, il serait préférable de lui emprunter ses dispositions sur le point qui nous intéresse actuellement.

La liberté des actes juridiques entre époux serait un principe acquis, mais il souffrirait exception lorsque la

femme s'engage vis-à-vis d'un tiers dans l'intérêt du mari, et pour toutes les conventions passées, au cours du mariage, relatives à sa dot, quel que soit le régime matrimonial adopté. Pour ces deux ordres de conventions, il faudrait l'habilitation du tribunal de première instance, donnée en chambre du conseil.

En outre, la règle inscrite dans l'article 1096 du Code civil, qui permet la révocabilité des dispositions à titre gratuit entre époux, nous semble devoir être gardée, mais si elle fut inspirée surtout par l'intérêt de la femme, son conjoint y trouve son compte et elle n'apparaît pas comme une véritable mesure de protection en faveur de l'épouse.

A l'exemple du droit allemand et du Code suisse, il faudrait admettre comme régime légal subsidiaire la séparation de biens au cas de faillite de l'un des époux. Ce résultat se produirait *ipso facto* par la cessation des paiements du mari ou de sa compagne afin de les préserver réciproquement de leur fait purement personnel, ou encore de circonstances fortuites.

Protégée préventivement par la loi contre les abus d'influence de son conjoint, la femme dans son contrat de mariage demandera aussi toutes les sûretés qui lui semblent utiles pour la sauvegarde de ses intérêts. L'hypothèque de l'épouse sera donc toujours conventionnelle pour le plus grand avantage des transactions ; ne jouirait-elle pas, dans le régime légal, du droit de s'opposer aux actes de son conjoint qui tendent à diminuer le patrimoine commun ?

Lorsqu'elle réglera ses conventions matrimoniales, toutes les formes de sûreté devront lui être accessibles ; pour quel motif, par exemple, l'empêcherait-on de réclamer une caution à son mari ? Et si la prévoyance du législateur était en défaut, les conventions matrimoniales insuffisantes, la femme devrait encore trouver dans la loi, avant d'en arriver au moyen extrême de la séparation de biens, la possibilité d'obtenir de la justice une « *prestation de sûreté* » à fournir par son conjoint, et variable suivant les circonstances : conversion des titres au porteur de la femme en titres nominatifs .. dépôts de valeurs dans une banque qui n'en délivrera que les revenus... et toutes autres mesures propres à conjurer les craintes légitimes de l'épouse, à laquelle il faudrait du reste reconnaître le droit de demander des comptes à son mari, quand elle le jugerait à propos.

..

L'individualité morale de la femme exige qu'une entière capacité de fond lui soit attribuée dans le droit civil, le mariage ne peut atteindre ce principe que d'une façon relative, soit par ses exigences, soit en vertu de la libre convention qui fait la loi entre les parties.

Or si les nécessités de l'union conjugale comportent une certaine prépondérance du mari pour les affaires matrimoniales communes, la femme n'en doit pas moins trouver, dans la loi, des mesures qui tendent à faire respecter son action dans la sphère des intérêts domestiques, et lui

rendent toute sa liberté individuelle, quand le chef de famille ne peut plus jouer son rôle.

Lorsque les époux, n'usant pas de la très grande liberté dont ils jouissent pour les contrats de mariage, se sont laissé régir par le droit commun, il faut encore que le système légal assure l'unité d'administration de leur fortune, tout en permettant la collaboration de l'épouse aux destinées des intérêts confondus.

Toujours responsable devant ceux qui ont eu foi en ses engagements, la femme ne pourra se dérober à ses obligations que dans les cas très restreints où tout s'efface devant l'autorité du mari, et les tiers ne seront lésés que par maladresse ou négligence. La garantie des intérêts de l'épouse par rapport aux pouvoirs du chef de famille sur ses biens, adaptée à la nature des dangers courus, lui sera d'un secours efficace sans gêner le crédit public relativement à la circulation des biens.

Telles sont dans leurs grandes lignes les réformes que nous souhaiterions de voir s'accomplir, afin de satisfaire l'intérêt moral et l'intérêt économique sur lesquels repose notre étude.

Le législateur, récemment, a simplifié les formalités du mariage ; son œuvre est incomplète. Il doit maintenant consacrer les effets de l'association conjugale suivant les progrès que réclame notre législation civile. Puisse-t-il montrer dans cette tâche, un libéralisme éclairé, qui réponde pour le mieux aux aspirations nationales, et

dépasser ainsi en sagesse le droit des Etats voisins. Il serait sans excuse de ne pas s'honorer de la sorte car les bons exemples à mettre en profit ne lui auront point manqué.

Vu :

Le Président de la thèse,

ANDRÉ WEISS.

Vu :

Le Doyen,

Ch. LYON-CAEN.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris

L. LIARD.

TABLE DES MATIÈRES

	Page
PRÉFACE	
But, limites de cette étude ; intérêt qu'elle présente ; plan.	1
CHAPITRE PREMIER. — De la situation de la femme dans le mariage.	
La puissance maritale et ses effets dans notre Code civil . .	7
De l'autorité du chef de famille et des conséquences de la direction de l'union conjugale dans le Code italien de 1865 .	9
Le « pouvoir de décision » du mari et le « pouvoir des clefs » de l'épouse dans le nouveau droit allemand ; l'abus de droit.	12
Du rôle respectif des époux dans l'association conjugale sous l'empire du Code suisse de 1907 ; de l'intervention du juge dans les affaires matrimoniales	16
La « Common law » britannique et les lois émancipatrices de la femme mariée ; l'égalité de droits et de devoirs des époux et le « droit de remontrance » du mari	20
Opposition de ces diverses législations sur la conception de la prépondérance maritale	26
CHAPITRE II. — De la capacité civile de la femme mariée.	
§ I. — <i>Etendue comparative de la capacité civile de la femme mariée</i>	29
a) <i>Système de l'incapacité générale :</i>	
La théorie du Code civil de 1804 et les lois postérieures relatives à l'extension de la capacité légale de l'épouse.	29
b) <i>Système de la capacité restreinte :</i>	
Le droit italien ; des actes civils défendus à la femme et de la forme de l'autorisation maritale ; des conflits d'intérêts entre époux	42

c) *Système de la pleine capacité :*

Le Code allemand de 1900 ; les nécessités de l'union conjugale et la liberté du contrat de mariage ; le régime légal des biens	53
Des restrictions au choix du régime matrimonial en droit helvétique ; des effets des conventions postnuptiales ; les actes juridiques entre époux et l'approbation tutélaire	58
De l'assimilation en droit anglais des femmes mariées aux femmes qui ne le sont pas relativement à l'exercice des droits civils ; le « <i>restraint on anticipation</i> »	61
§ 2. — <i>Des biens réservés</i>	64
Des biens réservés au point de vue abstrait ; définition ; but et origine.	64
L'organisation du patrimoine séparé en Angleterre ; une méthode d'émancipation de la femme mariée.	66
Des biens réservés en Allemagne et de leur rapport avec le régime légal des biens	70
Du caractère obligatoire et d'ordre public du patrimoine réservé dans le Code suisse.	72
La loi française du 13 juillet 1907 sur les gains et salaires de la femme mariée et la contribution des époux aux charges du ménage ; sa comparaison avec les précédentes dispositions étrangères	74
APPENDICE. — <i>De la femme marice commerçante</i>	81
Les nécessités du commerce et le Code civil ; des droits du mari relativement à la faculté de son conjoint d'exercer le commerce.	81
La femme commerçante italienne et l'autorisation supplétive de justice ; des sociétés de commerce à responsabilité illimitée.	85
De la faillite en droit anglais par rapport au patrimoine séparé de la femme.	87
De l'exercice du commerce par la femme mariée en droit allemand et en droit helvétique	88

CHAPITRE III. — *De la responsabilité contractuelle de la femme mariée* 91

§ 1. — <i>Du sort des actes des femmes mariées.</i>	91
---	----

Théorie du Code civil sur la nullité des actes non autorisés ; le mandat tacite ; une grave exception au droit commun, la loi du 13 juillet 1907.	94
Des cas où la femme mariée italienne est complètement res- ponsable ; de l'annulation de ses actes irréguliers ; l'indis- ponibilité dotale dans le Code de 1865	99
La capacité « réelle » théorique de la femme mariée anglaise ; le mandat forcé du mari.	103
La faculté absolue de contracter de l'épouse allemande et l'exécution de ses obligations ; de l'exercice de la « Schlüs- selgewalt »	107
La capacité civile de principe de la femme suisse et les effets du régime de biens adopté par les époux ; le pouvoir pro- pre de représenter l'union conjugale pour les besoins cou- rants du ménage.	111
§ 2. — <i>Publicité des contrats de mariage et autres actes inté- ressant les rapports des femmes mariées avec les tiers</i>	115
France et Italie : le système de la publicité personnelle. . .	115
Le défaut de publicité suppléé en Angleterre par les règles du droit commun.	118
La publicité réelle en Allemagne et en Suisse ; les registres matrimoniaux	120
 CHAPITRE IV. — Protection de la femme mariée. — L'hypothèque légale.	
Les désavantages de l'hypothèque légale dans notre droit au point de vue économique	125
La convention, seule source de sûretés pour les effets des contrats de mariage en Angleterre ; la « prestation de sû- reté » en droit allemand, l'action tutélaire en droit helvé- tique, et le régime légal de biens subsidiaire en cas de faillite	129
Des effets de la loi française du 23 mars 1855 ; insuffisance de notre droit en matière de garanties des biens de l'épouse, soumis à l'action du mari	131
 CONCLUSIONS	137
Les contradictions du Code civil dans sa théorie des effets du mariage.	137

Notre ancien droit et l'œuvre du législateur de 1804	143
Critique des législations étrangères mises en cause ; essai d'une théorie sur les effets du mariage : le principe de la pleine capacité civile de la femme mariée et les exigences dérivant d'une notion libérale de l'autorité du mari ; le pouvoir propre de la femme de représenter l'union conju- gale	148
La liberté des contrats de mariage et le régime des biens en droit commun	165
Les progrès législatifs réalisés depuis la promulgation du Code civil et les projets de lois relatifs à l'extension de la capacité civile de la femme mariée	171
La capacité civile de l'épouse au point de vue économique, ses conséquences à l'égard de la liberté des conventions et de la libre circulation des biens	176
Exposé d'ensemble des réformes préposées	182



Imp. J. Thevenot, Saint-Dizier (Haute-Marne)
